Die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster i. W.

Vorgelegt von

Curt Tengelmann, Gerichtsreferendar

aus Kirchende.

Münster i. W. 1935.

Buch- und Kunstdruckerei Wilh. Postberg, Bottrop i. W.

1935.

Referent: Prof. Dr. Kaser.
Korreferent: Prof. Dr. Naendrup.

Dekan: Prof. Dr. Neuwiem.

Tag der mündl. Prüfung: 21. VI. 35.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Meiner lieben Schwester!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547204_0100

Inhaltsverzeichnis.

1. Abschnitt. Seite

Von welcher Art ist die Rechtsgrundlage, die den Nichtvertretungsberechtigten auf Grund der §§ 170 ff. BGB. befähigt, Wirkungen einer wahren Vollmacht zu erzeugen?

Stellungnahme zu den verschiedenen Lehrmeinungen.

§ 1. Wesen der Vertretungsmacht 2
§ 2. Annahme einer tatsächlichen Vollmacht 6
§ 3. Fiktion einer Vollmacht 8
§ 4. Annahme einer gesetzlichen Vertretungsmacht 10
§ 5. Theorie des Vertrauensschutzes 11
§ 6. Übergangskonstruktionen 12
§ 7. Die Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins . . 13
a) Sein und Schein im Rechtsleben . . . . . .
b) Voraussetzungen des Rechtscheinsprinzips . . . . . .
§ 8. Verhältnis zwischen Nichtvertretungsberechtigtem und Vertretenem 16

2. Abschnitt.

Die sog. stillschweigende Vollmacht 20

3. Abschnitt.

Sind die bewußten (§§ 170 ff.) und die unbewußten Kundgebungen nach den Regeln für die Willenserklärungen zu behandeln oder nicht? 37

Literaturverzeichnis.

Baer: Haftung aus Scheinvollmacht in der Sammlung „Rechtsfragen der Praxis", Bd. 22.

Biermann: Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, in der Festgabe der Gießener Fakultät für Dernburg, 1900.

Breit: Geschäftsfähigkeit, 1903.

Brodmann: In Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. IV, 2. Abteilung.

Brose: Grundsätzliches zur Willenserklärung, in Arch. Z. P. 130, 188.

Brülle: Der Rechtsschein bei der gesetzlichen Vollmacht des Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts. Diss. 1916.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., 1927.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1900.

Danz: Zur Willenserklärung und Erklärungstheorie, in D. J. Z. 06, 1277.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, 1906.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 1930.

Eccius: Zur Lehre von der Vollmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Gruch. Beitr. 47, 209.

Ehlerding: Scheinvollmacht. Diss. 1929.

Ehrenberg: Handbuch des Gesamten Handelsrechts, 1918.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit, 1903.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 3. u. 4. Aufl., 1898.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 12. u. 13. Bearb., 1931.

Fischer: Sein und Schein im Rechtsleben, 1909.

Foller: Das Erlöschen der Vollmacht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. 1903.

Flatau: Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? Gruch. Beitr. 52, 753.

Goldberger: Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach dem BGB. Diss. 1908.

Gonnermann: Fortbestehen erloschener Vollmacht. Diss. 1931.

Hachenburg: Vorträge, 3. Aufl.

Hellwig: 1. Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß, 29, 250.
2. Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
3. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Leipzig 1907.

Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 1926.

Heymann: Wechselzeichnung der Sparkassen, in der Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. IV, S. 287 ff.

Hilger: Zur Lehre von der rechtlichen Natur, der Entstehung und dem

Erlöschen der nach den §§ 167, 170 ff. begründeten Vertretungsmacht. Diss. 1922.
Hinkmann: Der Schutz des redlichen Dritten beim Abschluß von Rechtsgeschäften mit Nichtbevollmächtigten. Diss. 1933.
Holz: Fortwirken einer erloschenen Vollmacht mit besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Rechts. Diss. 1901.
Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.
Hupka: Die Vollmacht, 1900.
Hundt: Die fiktive Vollmacht, 1933.
Isay: 1. Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900.
2. Die Willenserklärung im Tatbestande eines Rechtsgeschäfts.
Jung: Bürgerliches Recht, in der systematischen Darstellung des gesamten Deutschen Rechts, herausgegeben von Rudolf Fischer, Berlin 1931.
Kiehl: Die Grenzen der §§ 170/172, in Recht 24, 424.
Knief: Der Schutz gutgläubiger Dritter beim Vertrauen auf eine Scheinvollmacht. Diss. 1929.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1906.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1899.
Lenel: 1. Stellvertretung und Vollmacht, in Jhr. Jb. 36, 1.
2. Praktikum des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., 1926.
Leonhard: Bürgerliches Recht, 1929.
Manigk: 1. Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte, 1901.
2. Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
3. Irrtum und Auslegung, Berlin 1918.
4. Stillschweigend bewirkte Vollmacht im Handelsrecht, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. 2, S. 590 ff.
Maurer: Der Widerruf der Vollmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1905.
Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909.
Meyer, Hans Heinrich: Die Scheinvollmacht im System der Lehre von der Vertretungsmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1925.
Meltz: Die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. Diss. 1933.
Mommsen: Zur Lehre von der rechtlichen Natur und Erteilung der nach den §§ 167, 171, 172 des Bürgerlichen Gesetzbuches begründeten Vertretungsmacht. Diss. 1899.
Naendrup: 1. Rechtsscheinsforschungen, Heft 1, Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforschung, Münster 1910.
2. Die Gevere-Theorien, Münster 1910.
3. Die Verjährung als Rechtsscheinswirkung, in Jhr. Jb. 75, 237.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1912.
Oertmann: 1. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1923.
2. Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein in der Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 95, Jahrg. 1930.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl., Berlin 1913.
Regelsberger: Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten. Jhr. Jb. 47, 339.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1903.
Reinicke: Die Scheinvollmacht im Rahmen der Lehre vom Rechtsschein. Diss. 1923.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im BGB. Arch. Z. P. 93, 131.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, 2. Bd., 1900, 1902.
Schmidt-Colinet: Die Scheinvollmacht. Diss. 1931.
Schmidt-Rimpler: Der Handlungsagent, in Ehrenbergs Handbuch des Gesamten Handelsrechts, V. 1, 4. Kap., 1. Abschnitt.
v. Seeler: Vollmacht und Scheinvollmacht. Arch. B. R. 28, 1.
Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1929.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Aufl. 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 9. Aufl. 1925.
Theiß: Grenzen der Rechtsscheinswirkungen. Diss. 1931.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 1910, 1914, 1918.
Walsmann: Der Verzicht.
Walterscheid: Über den Vollmachtsschein. Diss. 1924.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1930.
Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht, Wien 1906.
Werner: In Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch 1932, IV Allgem. Einleitung: Die grundsätzliche Regelung des Rechtsgeschäfts im BGB.
Zitelmann: 1. Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Teil 1889, 2. Teil 1890.
2. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

Ziel der Arbeit ist die Erkenntnis der Rechtsgrundlage, die den Nichtvertretungsberechtigten auf Grund der §§ 170 ff. BGB. befähigt, Wirkungen einer wahren Vollmacht zu erzeugen. Es soll von dem Verhältnis von Macht und Recht und den entsprechenden Begriffen Vertretungsmacht und Vertretungsrecht ausgegangen werden. Im weiteren soll die Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins entwickelt und unter Ablehnung der gegnerischen Hauptlehrmeinungen, insbesondere der Lehre von der sogenannten stillschweigenden Vollmacht, dargelegt werden, daß sie die rechtssystematisch und praktisch vollkommenste Konstruktion darstellt. Das wird insbesondere die Betrachtung des Innenverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem aufzeigen.

1. Abschnitt.

Von welcher Art ist die Rechtsgrundlage, die den Nichtvertretungsberechtigten auf Grund der §§ 170 ff. BGB befähigt, Wirkungen einer wahren Vollmacht zu erzeugen?

Stellungnahme zu den verschiedenen Lehrmeinungen.

§ 1. *Wesen der Vertretungsmacht.*

Stellvertreter[1]) im Sinne unserer Rechtsordnung ist, wer unter Ausschluß des eigenen Rechtskreises durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln auf den Rechtskreis eines anderen einzuwirken vermag[2]). Dieses „Einwirkungsvermögen" bezeichnet das Gesetz als Vertretungsmacht. Die Frage nach der Rechtsnatur, nach der juristischen Zugehörigkeit dieses Begriffes ist in der Literatur wesentlich verschieden beantwortet worden[3]). Nach Ansicht einiger Autoren[4]) ist die Vertretungsmacht ein subjektives Recht. Allein wir bezweifeln, daß diese Auffassung richtig ist. Um unsere eigene darzulegen, wollen wir vom Rechtssubjekt ausgehen[5]). Dem Rechtssubjekt ist von der Rechtsordnung ein bestimmtes Herrschaftsgebiet (Rechtssphäre) zuerkannt worden, innerhalb dessen es subjektive Rechte, wie z. B. das Eigentumsrecht, gibt. Dieses besteht wieder aus einer Anzahl von Einzelbefugnissen, wie z. B. Befugnis zur Belastung, zur Fruchtziehung, zur Veräußerung. Nur in ihrer Zusammenfassung als Einheit bilden sie das subjektive Recht[6]).

Zum Wesen des Rechts gehört eine dem Rechtssubjekt verliehene Willensmacht als ruhende Potenz (p o t e n t i e l l e r Wille).

---

[1]) Bei der direkten Stellvertretung.

[2]) Gonnermann S. 1; dem Sinne nach Jung S. 656.

[3]) Siehe die Ausführungen bei H. H. Meyer S. 1.

[4]) Enneccerus I § 68 I 2b und Anm. 4 § 124 Anm. 4; Goldberger S. 6 Anm. 11; nach Kohler I § 50 S. 155 ist Vertretungsmacht = rechtsähnliche Rechtslage, die ähnlich dem subjektiven Recht zu behandeln sei.

[5]) Diese Ausführungen werden einen breiteren Raum einnehmen müssen, da die Klärung des Verhältnisses zwischen Macht und Recht die Grundlage für den § 8 der Arbeit bildet.

[6]) v. Tuhr I § 1, S. 61.

Jeder Person, auch dem Willensunfähigen, wird ein solcher Wille von der Rechtsordnung zuerkannt. Dem einzelnen ist es freigestellt (erlaubt), diesen Willen „funktionieren" zu lassen, ihn auszuüben. Die potentielle Willensmacht ist das, was man Recht nennt. Das Ausüben d ü r f e n gehört zu seinem Wesen. Allen Rechtssubjekten ist Willensmacht und Ausübendürfen zuerkannt. Davon aber ist die Frage zu trennen, ob jedes Rechtssubjekt im Einzelfalle auch rechtlich seinen Willen ausüben k a n n, m. a. W., ob er die Fähigkeit zur realen Verwirklichung der von der Rechtsordnung dem Rechtssubjekt verliehenen Willensherrschaft besitzt: die rechtliche M a c h t, das Bewirkenkönnen. Nun kann es sein, daß ein anderer als der Rechtsinhaber das Recht ausüben darf und kann. Z. B. wird, wie oben erwähnt, dem Willensunfähigen potentielle Willensmacht und Ausübendürfen zuerkannt. Da er aber nach dem Willen der Rechtsordnung nicht ausüben k a n n — wegen Fehlens der Altersreife, der Gesundheit usw. als Voraussetzungen des rechtlichen Könnens — darf und kann von Gesetzes wegen ein anderer, der gesetzliche Vertreter, für ihn ausüben. Er besitzt kraft seiner Stellung zu dem Vertretenen eine vom Gesetz eingeräumte Vertretungsmacht.

Es kann aber auch sein, daß eine an sich ausübungsfähige Person einer anderen e r l a u b t, an ihrer Stelle eine dem Inhalt des Rechts entsprechende Handlung vorzunehmen: das Recht auszuüben[7]). Die in dem Bevollmächtigungsakt liegende Erlaubnis, sich rechtsgeschäftlich in der Rechtssphäre des Machtgebers betätigen zu dürfen, erzeugt für den Vertreter ein Ausübendürfen. Der in der neueren Literatur häufig gebrauchte, aber wenig scharf umrissene Begriff Vertretungsrecht, oder besser Vertretungsbefugnis[8]), stellt sich also als ein gesetzlich eingeräumtes oder auf Parteiwillen beruhendes Ausübendürfen eines dem Vertretenen zustehenden Rechtes dar. Vertretungsmacht ist entsprechend dem Verhältnis von Macht und Recht das auf Vertretungsbefugnis beruhende rechtliche Ausüben (Bewirken)-Können.

Das dem Rechtssubjekt zustehende Eigentumsrecht an einer Sache, insbesondere die Einzelbefugnis zur Übertragung, verbleibt ihm als potentieller Wille. Durch den Akt der Bevollmächtigung wird dem Vertreter erlaubt, die Befugnis zur Übertragung auszuüben, d. h. eine dem Inhalte des Rechtes entsprechende Willenserklärung abgeben zu dürfen. Das Handelndürfen bildet dann die Grundlage für die Entstehung des Eigentumsrechtes in der Person des Geschäftsgegners.

---

[7]) v. Tuhr II § 92 S. 545.

[8]) v. Tuhr I § 7, II S. 167: für die Rechtsstellung des Vertreters wird das Wort „Recht" am besten vermieden.

Indessen braucht es sich bei dem Gegenstand der Ausübung nicht stets um ein subjektives Recht zu handeln. Es gibt rechtliche Möglichkeiten und Vorteile, die keine subjektiven Rechte sind. Man kann zwar von einer „Befugnis" sprechen, Kaufverträge zu schließen. Das ist aber kein subjektives Recht[9]). Auch diese Befugnis enthält als wesentliches Merkmal das Ausübendürfen, das die Grundlage für das Ausübenkönnen (Macht) bildet. Diese rechtliche Macht (Möglichkeit, Fähigkeit), rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen (z. B. Kaufverträge zu schließen), ist aber nichts anderes als die Geschäftsfähigkeit im Hinblick auf ein bestimmtes Geschäft. Erlangt jemand also auf Grund des Bevollmächtigungsaktes die Macht, im Namen eines anderen mit Wirkung für diesen einen Kaufvertrag zu schließen, so bedeutet das eine Mehrung seiner rechtsgeschäftlichen Wirkungsmacht. Zu einer ihm ursprünglich als Rechtsperson zustehenden Geschäftsfähigkeit tritt die auf Willensakt des Vertretenen beruhende Fähigkeit zu rechtswirksamen Willenserklärungen für einen andern hinzu. Es ist daher zweckmäßig, mit v. Tuhr[10]) hier von einer „erweiterten Geschäftsfähigkeit" zu sprechen.

In ihrem Wesen stellt somit die Vertretungsmacht nichts anderes dar als Geschäftsfähigkeit mit Fremdwirkung. Da schon das „Recht", die bloße Möglichkeit, Verträge zu schließen, kein subjektives Recht im Rechtssinne ist, so doch erst recht nicht die daraus folgende Macht (Fähigkeit). Nach Enneccerus ist die Geschäftsfähigkeit kein subjektives Recht, sondern lediglich eine Eigenschaft[11]). Sie ist ein rechtlicher Zustand, welcher es dem Menschen ermöglicht, auf den Rechtszustand einzuwirken[12]). Das gleiche muß aber hiernach von der Vertretungsmacht gelten; denn wenn schon die Fähigkeit, in e i g e n e n Angelegenheiten Rechtswirkungen durch geschäftliches Handeln hervorzurufen, kein subjektives Recht ist, dann besteht kein Grund, dieselbe Feststellung nicht auch für die bloß vermittelte Fähigkeit mit Fremdwirkung zu treffen[13]).

An dieser Feststellung ändert sich auch dann nichts, wenn ein subjektives Recht G e g e n s t a n d der Ausübung ist; denn das vermittelte Ausübendürfen und -können stellt gleichwohl kein subjektives Recht dar. Rechtsinhaber, Subjekt des Rechts, bleibt stets der Vertretene.

---

[9]) v. Tuhr I § 7 S. 168, 161; Kohler § 48 I; Walsmann S. 48.

[10]) I § 1 S. 165; Endemann § 80 Anm. 12.

[11]) § 135 I S. 430.

[12]) v. Tuhr I § 22 Anm. 28 S. 378.

[13]) Oertmann, Vorbem. 3 b vor § 164.

Der gewillkürten und der gesetzlichen Vertretungsmacht liegt regelmäßig eine Vertretungsbefugnis zu Grunde. Grundsätzlich erfordert Macht ein entsprechendes Recht. Fehlt es, so können Schadensersatzansprüche aus Vertrag oder unerlaubter Handlung entstehen[14]).

Bei gewillkürter Vertretungsmacht wird die Vertretungsbefugnis durch den Bevollmächtigungsakt begründet. Die Ansicht von Meltz[15]), daß die Befugnis aus dem Grundgeschäft (Auftrag, Dienstvertrag usw.) herzuleiten sei, ist abzulehnen, da ein Grundgeschäft nicht notwendig vorzuliegen braucht. Würde man der Ansicht von Meltz folgen, so würde sich, wenn das Grundverhältnis fehlt, allein aus diesem Umstand ergeben, daß der Vertreter widerrechtlich handelt, also Schadensersatzansprüche eintreten können, obschon eine Vertretungsbefugnis, ein Handelndürfen besteht, also das Handeln gegenüber dem Geschäftsherrn rechtmäßig ist. Ein Vertreter mit Vollmacht handelt jedoch in ihrem Rahmen niemals widerrechtlich. Der Inhalt oder das Fehlen des Grundgeschäftes ist dafür ohne Bedeutung.

Grundsätzlich hat der Vertreter also, wie wir festgestellt haben, Vertretungsmacht kraft einer Befugnis. Es gibt aber Fälle, in denen der Vertreter Rechtswirkungen für den anderen zu erzeugen vermag, also Vertretungsmacht besitzt, ohne daß ihm eine Befugnis zur Ausübung zur Seite steht. Das sind die Fälle der Vertretungsmacht kraft des Scheines eines Rechtes.

Die §§ 170 ff. regeln derartige Fälle der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins.

Wie später noch eingehend darzulegen ist, stellen die Vorschriften keine ausschließliche Regelung dar, sondern erscheinen als Ausfluß eines einheitlichen Rechtsprinzips: daß nämlich der Dritte beim Vorliegen eines äußeren, vom Vertretenen veranlaßten Tatbestandes in seinem guten Glauben geschützt wird.

In den Fällen der §§ 170 ff. ist entweder die Vollmacht von vornherein gar nicht entstanden[16]) oder nach Entstehen wieder

---

[14]) Meltz S. 11; H. H. Meyer S. 3.

[15]) S. 38.

[16]) Zwar bezieht sich § 173 nur auf die §§ 170, 171 II, 172 II, doch ist er sinngemäß auch auf die Bestimmungen der §§ 171 I, 172 I zu erstrecken. Das bedeutet: Auch bei Nichtentstehen der Vollmacht schadet dem Dritten Kennen oder fahrlässiges Nichtkennen. Es kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, den Vertretenen an seine Erklärung, er habe Vollmacht erteilt, selbst dann zu binden, wenn der Dritte weiß oder auch nur wissen muß, daß eine Vollmacht überhaupt nicht vorgelegen hat. Den Dritten in diesem Falle zu schützen, würde dem Rechtsscheinsprinzip

erloschen. Der Vertretene wird aber trotzdem durch die von dem vollmachtlosen Stellvertreter geschlossenen Geschäfte gebunden, da infolge der den Schein einer Vertretungsbefugnis abgebenden Kundgebungen — der besonderen Mitteilung, der öffentlichen Bekanntmachung, der Aushändigung einer Vollmachtsurkunde — Vertretungsmacht für den an sich Nichtvertretungsberechtigten entsteht. Zweifelhaft könnte es sein, ob auch der § 170 einen Fall der Scheinvollmacht regelt. Die herrschende Lehre bejaht das. Auch diese Bestimmung enthält im Falle des Nichtentstehens oder Erlöschens der entstandenen Vollmacht einen das Vertrauen des Dritten rechtfertigenden äußeren Tatbestand. Die in der Außenbevollmächtigung liegende Verlautbarung entspricht der besonderen Mitteilung, der öffentlichen Bekanntmachung usw. Einige Autoren[17]) sprechen deshalb von einer Doppelnatur der Vollmachtserklärung. Die Verlautbarungsfunktion des Bevollmächtigungsaktes tritt zutage, sobald die Vollmacht erlischt, bzw. nicht entstanden ist. Auch hier handelt es sich also um einen Fall des Rechtsscheins.

Außerdem sind die besonders aus der reichsgerichtlichen Judikatur bekannten Fälle der stillschweigenden Vollmacht Unterfälle der Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. Während in den §§ 170 ff. die Wissenserklärungen des Machtgebers den Schein einer Vertretungsbefugnis begründen, ist hier zwar auch ein „mitteilendes", aber nur „unbewußt stillschweigendes" Verhalten des Machtgebers scheinerzeugend.

Im folgenden werden zunächst die der Rechtsscheinstheorie widerstreitenden Ansichten behandelt und die Gründe ihrer Ablehnung dargelegt werden. Soweit diese in der Literatur bereits zusammengetragen sind, ist ihre Darstellung kurz gefaßt.

§ 2. *Annahme einer tatsächlichen Vollmacht.*

Über die Beurteilung der Rechtsgrundlage, die den Nichtvertretungsberechtigten auf Grund der §§ 170 ff. befähigt, Wirkungen

---

widerstreiten. Ist die Vollmacht von vornherein nicht entstanden oder die entstandene später erloschen, so entsteht im Rahmen der §§ 170 ff. der Schein einer Vollmacht nur dann, wenn der Dritte in beiden Fällen gutgläubig ist. Es ist also im Sinne eines Gleichheitsschlusses zu entscheiden, während andernfalls ein Bösgläubiger als schutzwürdig angesehen würde. So die herrschende Lehre; Oertmann, Abhandlung S. 471 (früher a. M. Komm. 3. Aufl. § 171 2 c); Reichsgericht 108, 127. Seeler S. 42, 43, Enneccerus § 171 II 3. Hupka S. 227, Goldberger S. 24, Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 48 HGB Anm. 41. Staub Anh. zu § 58 HGB Anm. 7; Ehlerding S. 39, 40. H. H. Meyer S. 29; Schmidt-Colinet S. 45 Anm. 122. RG i. Seuff.-Arch. 78 Nr. 167. Meltz S. 25.

[17]) Ehlerding S. 31; Meltz S. 33; H. H. Meyer S. 26; Warneyer § 170 a. E.

einer wahren Stellvertretung zu erzeugen, bestehen verschiedene Lehrmeinungen:

Die einen[18]) lehren, daß die Kundgebungen von einer dem Vertreter gegenüber erteilten Vollmacht nicht bloße Mitteilungen seien, sondern selbst rechtsgeschäftlichen Charakter trügen und somit vollmachtbegründend gegenüber dem Dritten wirkten. Nach Ansicht dieser Autoren[19]) bleibt also die Vollmacht auch nach ihrem Erlöschen, — z. B. nach dem dem Bevollmächtigten gegenüber erfolgten Widerruf, — dem Dritten gegenüber in Kraft, bis sie ihm gegenüber widerrufen ist oder bis der Dritte auf andere Weise das Erlöschen erfährt. Hölder[20]) z. B. sagt eindeutig, daß die Vollmacht e r s t durch die vom Vollmachtgeber ausgehende Anzeige erlischt.

Demgegenüber ist zu sagen: Wenn die Vollmacht ohne Rücksicht auf den tatsächlich vorliegenden Erlöschungsgrund fortbestehen würde, wäre die Unterscheidung nach dem guten oder bösen Glauben des Dritten unverständlich; denn es ist widersinnig zu sagen, daß die Vollmacht fortbesteht z. B. bis zu dem Zeitpunkt, da dem Dritten der Widerruf zugeht, v o r diesem Zeitpunkt es aber möglich sein soll, das E r l ö s c h e n der Vollmacht zu kennen bzw. kennen zu müssen (§ 173). Gewiß, der Wortlaut des Gesetzes spricht für diese Lehre. Aber an Hand des Gesetzestextes kann man zu keiner Entscheidung kommen, da die Fassung selbst in sich widersprechend ist.

Das Gesetz gebraucht drei verschiedene Ausdrücke: Vollmacht, Vertretungsbefugnis, Vertretungsmacht. Die Absicht des Gesetzgebers ging, wie uns Prot. S. 147 belehrt, dahin, der Konstruktion den Weg offen zu lassen. So steht im § 173 von dem Erloschensein einer Vertretungsmacht, die aber nach § 171 II und § 172 II noch besteht. Der Widerspruch wird dadurch behoben, daß man folgendermaßen korrigiert: Erloschen bzw. überhaupt nicht entstanden ist die Vollmacht (besser die Vertretungsbefugnis); die Vertretungsmacht (kraft Rechtsscheins) dagegen besteht fort.

Auch der im § 170 enthaltene Widerspruch ist entsprechend zu beheben: „So bleibt s i e diesem gegenüber in Kraft." „Sie" ist auf die Vertretungsmacht (kraft Rechtsscheins) zu beziehen. Das Erlöschen, von dem im folgenden Satz die Rede ist, betrifft die Vertretungsbefugnis. Der Gesetzgeber denkt aber dabei gerade an solche Fälle, in welchen dem Vertreter entgegen dem Inhalte der Kundgebung ein Vertretungsrecht nicht zusteht. Der in Absatz II der

---

[18]) Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 48 Anm. 41; Brodmann in Ehrenberg H. R. IV, 2, S. 118; Hölder § 171 S. 369; Kohler I S. 439; Danz D. J. Z. 06, 1281.

[19]) Brodmann a. a. O.

[20]) zu § 170 S. 368.

§§ 171, 172 gebrauchte Ausdruck „Vertretungsmacht" ist korrekt[21]). Wenn § 164 von einer „ihm zustehenden Vertretungsmacht" spricht, so ist die Vertretungsbefugnis gemeint.

Die Lehre von der tatsächlichen Vollmacht übersieht, daß in diesen Fällen die Vollmacht — wie § 173 ausdrücklich betont — erlischt. Ein Etwas bleibt aber in Kraft, das erst durch die Anzeige beseitigt wird[22]).

§ 3. *Fiktion einer Vollmacht.*

Eine andere Auffassung[23]) sagt, daß zwar in der Kundgebung keine vollmachtbegründende Willenserklärung zu erblicken sei, jedoch der Kundgebende sich so behandeln lassen müsse, wie wenn er Vollmacht erteilt hätte. Cosack z. B. bezeichnet sie als Ersatz, Henle als Spielart der Vollmachtserteilung. Crome und Kuhlenbeck stellen Kundgebung und Bevollmächtigung s a c h l i c h einander gleich. Enneccerus weist besonders darauf hin, daß es sich bei der Kundgebung lediglich um eine Mitteilung handele; trotzdem wirkt sie nach seiner Ansicht dem Dritten gegenüber so, a l s o b die Vollmacht wirklich erteilt sei. Es wird mit anderen Worten eine Vollmacht fingiert.

Gegenüber der vorhin genannten Lehre bedeutet diese bereits einen Fortschritt. Man anerkennt, daß die Vollmacht tatsächlich erlischt, wie ja auch § 173 von einem Erlöschen spricht.

Jedoch ist diese Ansicht schon aus § 167 widerlegbar. Dort sind nur zwei Arten der Vollmachtserteilung vorgesehen. Eine solche durch Kundgebung gibt es nicht, da die Regelung des § 167 als eine ausschließliche anzusehen ist.

Die sachliche Gleichstellung von Kundgebung und Bevollmächtigung in ihren Wirkungen[24]) ist ebenfalls verfehlt. Man müßte — und das gilt auch für die oben genannte Lehre — folgerichtig die Anfechtbarkeit der Kundgebung bejahen. Sie ist aber zu verneinen, wie die späteren Ausführungen ergeben werden[25]). Außerdem können beide Lehren von ihrem Standpunkt aus nicht die Fälle der sog. stillschweigenden Vollmacht lösen. Legt jemand ein bestimmtes „mitteilendes" Verhalten an den Tag, ohne daß sich der „Erklärende" des Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt ist, so bleiben uns die genannten Autoren die Lösung solcher Fälle schuldig. Da

---

[21]) Goldberger S. 7; Holz S. 24; Meltz S. 35.

[22]) Meltz S. 35; Goldberger S. 8 Anm. 16.

[23]) Crome S. 104 Anm. 15 u. 10; Kuhlenbeck § 171 zu 1); Cosack § 102 II, 1; Henle § 24 S. 179; Enneccerus § 171 II, III; v. Tuhr II § 85 I S. 383; Eccius Gruch. B. 47 , 209; Hupka S. 163, 421.

[24]) besonders deutlich bei v. Tuhr a. a. O.

[25]) unten S. 40.

der Vertretene keine W i s s e n s erklärung abgibt, sondern nur unbewußt stillschweigend „mitteilt", kann man wegen mangelnden Willens aus einem solchen Verhalten weder eine tatsächliche Vollmacht entstehen lassen, noch eine Vollmacht fingieren. Daher schließen sich einige Autoren ohne nähere Begründung der reichsgerichtlichen Lehre von der stillschweigenden Vollmacht an, die von der Konstruktion einer stillschweigenden Willenserklärung ausgeht.

Außerdem aber sind beide Lehren, wie wir noch später sehen werden, aus der Betrachtung des Innenverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem heraus widerlegbar.

Hinzu kommt folgendes: Bei keinem der Anhänger der Fiktionslehre findet man eine Begründung seiner Ansicht oder eine Aufzeigung des Weges, auf dem man zu einer Fiktion gelangen könnte. Es wird dieser Lehre folgender Gedankengang zugrunde liegen: Sie geht davon aus, daß es sich bei den Verlautbarungsakten um rein deklaratorische Mitteilungen und nicht um konstitutive Willensakte handelt[26]). Diese Mitteilungen — Manigk[27]) nennt sie Vorstellungsmitteilungen — lösen bei dem Empfänger entsprechende Vorstellungen über äußere Geschehnisse und Tatsachen der Vergangenheit aus. Sie wirken demnach auf das Vorstellungsvermögen des Empfängers genau so wie die Willenserklärungen. So wirkt z. B. nach § 171 die Kundgebung von der geschehenen Bevollmächtigung wie diese selbst und zwar, wie Manigk[28]) hervorhebt, um des durch die Kundgebung i m E m p f ä n g e r e r z e u g t e n V e r t r a u e n s willen. Wenn auch, so müßte man folgern, die Kundgebung selbst nicht konstitutiv ist, so ist doch der Effekt in der Vorstellungswelt des Empfängers der gleiche wie bei der Kenntnisnahme einer Willenserklärung. Folglich ist der Mitteilende s o z u b e h a n d e l n , a l s h a b e e r V o l l m a c h t e r t e i l t. Und warum? Manigk sagt es ausdrücklich: Um des im Empfänger erzeugten Vertrauens willen. Man fingiert also aus Gründen des Vertrauensschutzes eine V o l l m a c h t. Dem ist insofern beizutreten, als der gutgläubige Dritte des Schutzes bedarf, aber — und hier ist korrigierend einzugreifen — doch nur so weit, als der Dritte überhaupt an einem solchen Schutz i n t e r e s s i e r t ist. Hat aber der Dritte ein Interesse daran, daß eine V o l l m a c h t besteht? M. a. W., hat der Geschäftsgegner ein Interesse daran, daß die Vertretungsmacht des Vertreters auf Gesetz oder auf Parteiwillen beruht? Keineswegs! Was den Dritten interessiert, ist allein die Tatsache, daß der Vertreter V e r t r e t u n g s m a c h t besitzt, d. h. daß

---

[26]) Besonders Enneccerus a. a. O.

[27]) Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 702, 703.

[28]) a. a. O. S. 704.

er imstande ist, Rechtswirkungen in der Person des Vertretenen zu erzeugen. Auf welcher Grundlage, gesetzlicher oder gewillkürter, die Vertretungsmacht beruht, muß dem Dritten in seinem Interessenbereich gleichgültig bleiben[29]). Auch dem gutgläubigen Erwerber wird es gleichgültig sein, wie der veräußernde, besitzende Nichteigentümer wohl das „Eigentum" erworben haben mag. Der Dritte ist in seinem Interesse vollauf geschützt, wenn der Veräußernde die aus seinem Eigentum fließende Verfügungs m a c h t hat. Man ist demnach in der gegenständlichen Erfassung der Fiktion z u w e i t g e g a n g e n. Der Grund scheint darin zu liegen, daß man erst neuerdings[30]) erkennt, daß die Vollmacht Vertretungs b e f u g n i s ist, die erst die Vertretungsmacht ermöglicht. Man müßte also folgerichtig zu einer Fiktion einer Vertretungsmacht gelangen.

Aber auch dieses Ergebnis wäre noch unbefriedigend, da schon allein die Lösung der Fälle der sog. stillschweigenden Bevollmächtigung, wie oben bereits kurz dargelegt wurde, mit dieser Konstruktion unmöglich ist. In den Fällen der §§ 170 ff. handelt es sich um W i s s e n s erklärungen, um b e w u ß t e Mitteilungen. In den Fällen der sog. stillschweigenden Vollmacht dagegen ist sich der Erklärende des Erklärungswertes seines Verhaltens nicht bewußt. Die Konstruktion der Fiktion würde man nicht verwenden können, da hier weegn Fehlens jeglichen Bewußtseins des „Mitteilenden" keine ähnliche Rechtlage wie bei der Willenserklärung vorliegt.

§ 4. *Annahme einer gesetzlichen Vertretungsmacht.*

Einige Schriftsteller[31]) behaupten in den Fällen der §§ 170 ff. eine gesetzliche Vertretungsmacht. Man folgert einfach aus dem

---

[29]) Gewiß ist erforderlich, daß der gute Glaube sich auf die Vertretungsbefugnis bezieht, genau so, wie der Erwerber an das Eigentum, also an das Verfügungsrecht des Veräußerers, glauben muß. Das hat aber nichts mit der Frage zu tun, wie weit das I n t e r e s s e des Dritten reicht.

[30]) Meltz, S. 38; Ehlerding, S. 10; H. H. Meyer, S. 1 ff.; Gonnermann, S. 25; früher schon Goldberger, S. 5; Hellwig, Lehrbuch 2, S. 459, 408.

[31]) Biermann, S. 110; Zitelmann, Rechtsgeschäfte, S. 99, BGB. S. 121; Eccius, S. 209 ff.; Was Goldberger betrifft, so ist es ein Irrtum anzunehmen, daß dieser in der fraglichen Vertretungsmacht eine gesetzliche erblickt (das nimmt Gonnermann an, S. 23, Anm. 2). Goldberger bezeichnet sie als „Vertretungsmacht kraft Gesetzes", warnt aber ausdrücklich davor, sie mit der gesetzlichen Vertretungsmacht zu verwechseln (s. S. 4, Anm. 10 a. A.), da ein Vertretungsrecht nicht bestehe. Jedoch erkennt Goldberger noch nicht das Wesen und die Ursache der Vertretungsmacht der fraglichen Art. (Holz, S. 7, 22, 37, 38 kommt zu ähnlichen Ergebnissen wie Goldberger.)

Umstande, daß keine auf Parteiwillen beruhende Vertretungsmacht gegeben sei, nach den §§ 170 ff. jedoch Wirkungen einer Vertretungsmacht eintreten, das Bestehen der anderen Erscheinungsform der Vertretungsmacht, nämlich der gesetzlichen. Zitelmann nennt sie „vollmachtähnliche Vertretungsmacht"; sie sei in Wahrheit „auch eine Vertretungsmacht kraft Gesetzes". Dagegen ist anzuführen, daß ebenso wie bei der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht auch bei der gesetzlichen eine Vertretungs b e f u g n i s besteht. Daß hingegen in den Fällen der §§ 170 ff. eine solche nicht vorhanden ist, kann erst unten[32]) gezeigt werden.

Dazu kommt noch, daß doch die gesetzliche Vertretungsmacht — wie die Fälle der Vaterschaft, Vormundschaft usw. zeigen — nur bei besonderen Beziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem gesetzlich vorgesehen ist. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß dem Vertreter eine S o n d e r stellung eingeräumt wird, auf Grund deren er innerhalb des zugewiesenen Rahmens selbständig handeln darf. Nach Jung[33]) hat der Vertreter in solchen Fällen ein „Amt", wobei er das Wesen des Amtes in einer gesetzlichen Vorschrift erblickt, „die die Machterteilung bzw. die Verantwortlichkeit für einen selbständigen Rechtskreis regelt".

Ein derartiges Merkmal fehlt aber der Vertretungsmacht der §§ 170 ff.

§ 5. *Theorie des Vertrauensschutzes.*

Während die Lehre von der „Scheinvollmacht" ihre Begründung in einem allgemeinen Rechtsscheinsprinzip u n d in dem Vertrauensschutz des Dritten sieht, glaubt diese Theorie[34]) allein den Vertrauensschutz zu einem allgemeinen Prinzip erheben zu können. In der Literatur wird vielfach eine Scheidung zwischen den beiden Lehren nicht vorgenommen, obschon ein wesentlicher Unterschied besteht. Nach Wellspacher, dem Begründer dieser Theorie, hat der Vertreter keine Vertretungsmacht. Nach ihm ist sie, ebenso wie die Verfügungsmacht des Besitzers, eine Reflexwirkung des Schutzes des guten Glaubens. Die Reflexwirkung könne man als Legitimation bezeichnen, e i n e r e c h t l i c h e M a c h t o d e r B e f u g n i s sei s i e n i c h t. Auch dieser Lehre ist nicht beizutreten. Durch die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung b e w i r k t gerade der V e r t r e t e r, daß für den Vertretenen rechtliche Bindungen mit

---

[32]) § 8 der Arbeit.

[33]) Bürgerl. R., S. 660 ff.

[34]) Wellspacher, S. 87, 95; Staudinger, § 167, Anm. 5, § 171/172, Anm. 2; Heymann, S. 32 ff.; Simonson in Bank-Archiv, 17. Jahrg., S. 124 ff.; Kiehl, S. 433; Brülle, S. 45.

dem Dritten entstehen. Durch die Verlautbarungsakte in den §§ 170 ff. wird somit etwas Tatsächliches, eine rechtliche Fähigkeit geschaffen. Machtlos ist der Vertreter im Falle des § 179 BGB., da er auf die Rechtssphäre des Vertretenen in keiner Weise einzuwirken vermag. In den Fällen der §§ 170 ff. k a n n er doch tatsächliche Rechtsänderungen bei dem Vertretenen b e w i r k e n und ist deshalb Machtinhaber.

§ 6. *Übergangskonstruktionen.*

Seeler[35]) wird häufig als der Begründer der Lehre von der „Scheinvollmacht" bezeichnet. Er hat als erster die besondere Bedeutung der von dem wahren Berechtigten (Vertretenen) veranlaßten objektiven Grundlage (äußerer Tatbestand) für den Schutz des guten Glaubens erkannt. Aber im Gegensatz zu den Rechtsscheinstheoretikern ist er — genau wie Wellspacher[36]) — der Ansicht, daß eine Vertretungsmacht nur insoweit vorhanden sei, als die Handlung des Vertreters rechtmäßig erscheint. Nach ihm ist die Scheinvollmacht keine Vollmacht, sie ist überhaupt nicht Vertretungsmacht im Sinne des Gesetzes[37]). Die meisten Fälle, die v. Seeler bringt, sind eingehend von Isay[38]) behandelt worden, dessen Ergebnisse zum Teil über Seeler hinausführen[39]). Isay stellt den Grundsatz auf, daß der Dritte in seinem guten Glauben geschützt werden muß, wenn er mit Rücksicht auf das Vorliegen eines „objektiven Gestionsverhältnisses" eine Vertretungsbefugnis des Vertreters annehmen mußte. Unter dem „objektiven Gestionsverhältnis" versteht er ein gewisses räumliches „Bezüglichkeitsverhältnis" des Vertreters zu Sachen des Machtgebers, das für einen Geschäftsführer typisch zu sein pflegt (z. B. Gutsverwalter). Er läßt aber auch sonstige objektive Momente gelten, wenn sie nur in dem Dritten den Glauben erwecken mußten, daß er es mit einer Bevollmächtigung zu tun habe. Gegen die Ausführungen Isay's ist zu sagen, daß er das Veranlassungsprinzip nicht genügend berücksichtigt. Er läßt den vermeintlichen Vollmachtgeber auch o h n e j e g l i c h e s Z u t u n zu dem täuschenden objektiven Moment gebunden sein, wenn es nur für den jeweiligen Fall typisch ist, normalerweise in seinem Bestande auf dem Willen des Geschäftsherrn zu beruhen pflegt[40]).

---

[35]) S. 37.
[36]) S. 87.
[37]) S. 4.
[38]) S. 230.
[39]) u. E. berechtigte Kritik Rosenbergs S. 540, 541.
[40]) Daher auch seine nicht zu billigende Entscheidung, daß der Vertretene auch haftet, wenn die Urkunde gestohlen wird oder sonst abhanden kommt, S. 239.

§ 7. *Die Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins.*

a) Das Recht als solches kann erst als Wirkungstatbestand sinnlich wahrgenommen werden. Dieser äußere Tatbestand ist als Erscheinungsform des Rechtes von besonderer Bedeutung. Ein Beispiel aus dem Fahrnisrecht mag dieses erläutern: Eine sinnlich wahrnehmbare Erscheinungsform ist der unmittelbare Besitz. Daran knüpft die Rechtsgemeinschaft gewöhnlich auch den Schluß des rechtlichen Habens. Jedoch kann im Einzelfall ein Trugschluß vorliegen, weil hinter dem Schein des Rechts nicht das Sein zu stehen braucht. In einem solchen Falle stoßen im Rechtsverkehr verschiedene Interessen aufeinander, das Interesse des wahren Berechtigten, in seinen Rechten nicht geschmälert zu werden, und das des Dritten oder der Gesamtheit, sich auf den Schein verlassen zu können. Welches Interesse verdient nun den höheren Schutz? Den relativ besten Ausgleich schafft hier die Rechtsscheinstheorie.[41])

b) Zunächst ist vorauszusetzen, daß nur der Schein eines Rechtes besteht. Entspricht der Schein dem Sein, so ist kein Raum für Rechtsscheinswirkungen. Die Theorie setzt weiter voraus, daß

1. eine objektive Grundlage, ein äußerer Tatbestand besteht,
2. der Schein von dem wahren Berechtigten veranlaßt worden ist,
3. der Dritte vertrauensschutzwürdig, redlich erscheint.

1. In den Fällen der §§ 170 ff. bilden die Kundgebungen den äußeren Tatbestand. Ist die Vollmacht nicht entstanden oder ist die entstandene Vollmacht wieder erloschen, so stellt sich im § 170 die in der Außenbevollmächtigung liegende Verlautbarung,[42]) im § 171 die besondere Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung, im § 172 die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde als die den Schein eines Rechtes (Vollmacht) erzeugende objektive Grundlage dar.

2. Wann ist nun der äußere Tatbestand als vom Berechtigten „veranlaßt" anzusehen?

---

[40]) Daher auch seine nicht zu billigende Entscheidung, daß der Vertretene auch haftet, wenn die Urkunde gestohlen wird oder sonst abhanden kommt, S. 239.

[41]) Naendrup a. a. O.; Oertmann, Abhandlung S. 466, 472 ff.; H. H. Meyer a. a. O.; Jacobi in J. W. 27, 1465; Wellspacher a. a. O.; Jacobi, Willenserklärungen 1910, S. 31 und Wertpapiere in Ehrenbergs Handbuch IV, 1 S. 282; Krückmann Dogm. J. 57, 96 und Arch. Z. P. 108, 179.

[42]) S. 6 der Arbeit.

Diese Frage ist Gegenstand verschiedener Auffassungen. Von einigen Schriftstellern[43]) wird schuldhaftes Verhalten des Vertretenen verlangt. Nach Isay a. a. O. ist, wie wir gesehen haben, nicht einmal ein bestimmtes Verhalten erforderlich. Seeler[44]) verlangt, daß der Vertretene den Tatbestand „veranlaßt oder mitveranlaßt" habe. Wellspacher[45]) fordert einfach ein „Zutun" des Vertretenen. In den meisten Fällen wird zwar der Vertretene schuldhaft handeln, jedoch ist das Merkmal des Verschuldens nicht zu fordern.[46]) Das ergibt ein einfaches, bei Goldberger[47]) aufgeführtes Beispiel: Der Vertretene kann infolge schwerer plötzlicher Erkrankung die Kundgebung nicht widerrufen. Soll der Dritte in einem solchen Falle nicht geschützt werden? Im Interesse der Verkehrssicherheit muß hier auch der Schuldlose haften.[48]) Der äußere Tatbestand braucht demnach vom Vertretenem nicht verschuldet, sondern nur veranlaßt zu sein. Der dieser Lehre gemachte Vorwurf des wenig klar begrenzten Begriffes der „Veranlassung" ist gewiß an sich berechtigt. Das Verhalten kann nicht schon dann rechtserheblich sein, wenn es nur „Bedingung", „Anlaß" gewesen ist. Es kommt u. E. entscheidend darauf an, ob das Verhalten als ursächlich für den den Schein abgebenden Tatbestand anzusehen ist. Die Frage der Ursächlichkeit ist nach der für das BGB maßgebenden adäquaten Verursachungslehre zu bestimmen. Mit ihrer Hilfe wird der Begriff der Veranlassung genügend umrissen.[49])

3. Ferner wird nur der gute Glaube daran, daß dem Vertreter Vertretungsbefugnis eingeräumt wurde, geschützt (§ 173)[50]). Dabei ist erforderlich, daß ein Kausalzusammenhang zwischen dem äußeren Tatbestand und dem guten Glauben des Dritten besteht. Das bedeutet also, daß ein bloßes Zugehen der Verlautbarungsakte, um einen rechtserheblichen äußeren Tatbestand abzugeben, nicht genügt. Damit die

---

[43]) Besonders H. H. Meyer S. 41 ff.; Gonnermann S. 57; Lenz in Jur. Rundschau 1931 S. 150 ff.; Manigk, Beiträge II S. 496.

[44]) S. 36.

[45]) S. 102.

[46]) Herrschende Lehre s. bei Ehlerding S. 16 Anm. 8 und S. 32 Anm. 13; u. a. Meltz S. 21; Staudinger § 170 Anm. 1; Oertmann § 171 Anm. 1; Wellspacher S. 102; Goldberger S. 16; Isay S. 192; Schmidt-Colinet S. 16.

[47]) Goldberger S. 17.

[48]) Der Gedanke der schuldlosen Haftung ist dem BGB nicht unbekannt: S. z. B. §§ 122 u. 179 II.

[49]) Im Rahmen dieser Arbeit kann auf diesen Punkt nicht näher eingegangen werden.

[50]) Nicht dagegen wird der gute Glaube bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Vertretenen geschützt.

Kundgebung das Vertrauen des Dritten rechtfertigt, ist zu fordern, daß sie zur Kenntnis des Dritten gelangt ist[51]). Andernfalls würde der Dritte auch geschützt werden, wenn er den Schutz gar nicht verdient hätte. Das aufgestellte Erfordernis ergibt sich aus der Natur der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins, die sich auf einer das Vertrauen rechtfertigenden Grundlage aufbaut. Ausreichend ist danach nicht, daß der Kausalzusammenhang abstrakt möglich war; denn sonst würde man auch einen Dritten schützen, der lediglich im Vertrauen auf die Angaben des Vertreters handelt.

Ergebnis: Wer sich auf einen äußeren, ein Recht oder ein Rechtsverhältnis ausdrückenden Tatbestand verläßt, soll durch ein Auseinanderfallen von Rechtsschein und wahrem Sein keinen Schaden erleiden, sondern auf Kosten des wahren Berechtigten, sofern dieser den Schein veranlaßt hat, in seinem guten Glauben geschützt werden.

Wir sahen, daß die gesetzliche und die gewillkürte Vertretungsmacht ihre Existenzgrundlage in der Vertretungsbefugnis findet. Grundsätzlich keine Rechtsmacht ohne ein gleichgerichtetes Recht. Hier dagegen ist festzustellen, daß der Vertreter trotz fehlender Vertretungsbefugnis ausnahmsweise auf Grund des durch die Kundgebung erzeugten Scheins eines (Vertretungs)-Rechtes Vertretungsmacht[52]) besitzt. Der Verlautbarungsakt schafft also eine echte Vertretungsmacht, genau so wie die Willenserklärung nach § 167 BGB eine Vollmacht erzeugt. Zweck einer solchen Regelung ist der Schutz gutgläubiger Dritter nach Treu und Glauben im Interesse der Verkehrssicherheit.

Die so begründete Vertretungsmacht ist mithin rechtssystematisch weder unter den Begriff der Vollmacht noch der gesetzlichen Vertretungsmacht einzuordnen. Es handelt sich um eine dritte Erscheinungsform der Vertretungsmacht. Sie als Scheinvollmacht zu bezeichnen, wäre unzureichend; denn dieser Begriff sagt nur, was in Wirklichkeit nicht besteht, bringt aber nicht zum Ausdruck, daß etwas Tatsächliches, eine rechtliche Fähigkeit des Vertreters entsteht. Die Bezeichnungen gesetzliche Vollmacht, Vertretungsmacht kraft Gesetzes führen leicht zu Verwechselungen. Deshalb ist es u. E. am treffendsten, den Begriff von Meltz „Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins" zu verwenden. Praktisch ist es ohne Bedeutung, ob man die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins auf Grund der Kundgebung erst nach dem Fortfall der Vollmacht entstehen oder neben

---

[51]) Reinicke S. 51; Seeler S. 17; Ehlerding S. 32; Hupka S. 420 ff.; Wellspacher S. 101, 86; a. M. Goldberger S. 18, 19, 47, 49.

[52]) Das BGB kennt auch, wie § 179 BGB zeigt, einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator).

der Vollmacht latent einhergehen, ihre Wirkungen aber erst nach deren Fortfall äußern läßt. Theoretisch scheint es uns richtig zu sein, daß die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins erst dann entsteht, wenn Rechts s c h e i n s wirkungen eintreten oder von vornherein vorliegen[53]).

Der gutgläubige Erwerb auf dem Gebiete des Sachenrechts bietet eine Parallele zu dem gefundenen Ergebnis. Auch dort wird der Grundsatz, daß nur der Verfügungsberechtigte Verfügungsmacht besitzt, durchbrochen und dem nichtberechtigten Verfügenden zum Schutze des gutgläubigen Dritten Verfügungsmacht beigelegt.

§ 8. *Das Verhältnis zwischen Nichtvertretungsberechtigtem und Vertretenem.*

Die Lehren von der tatsächlichen und fingierten Vollmacht und von der gesetzlichen Vertretungsmacht einerseits und die hier vertretene Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins andererseits gehen davon aus, daß in dem Widerstreit der Interessen der gutgläubige Dritte, die Allgemeinheit, auf Kosten des wahren Berechtigten[54]) geschützt werden muß.

Dagegen führen die abgelehnten Lösungsmethoden dogmatisch-rechtssystematisch und auch praktisch zu unbrauchbaren Ergebnissen. Das zeigt sich insbesondere in dem Verhältnis zwischen Nichtvertretungsberechtigtem und Vertretenem, wenn dieser seinen Regreßanspruch geltend macht.

Bei Annahme einer tatsächlichen Vollmacht[55]) würde der Vertreter Vertretungsbefugnis besitzen. Bei Geltendmachung eines Regreßanspruches könnte der Vertreter dem Vertretenen entgegenhalten, daß er Vollmacht besessen, also r e c h t m ä ß i g gehandelt habe.

Dasselbe ergibt sich nach der Fiktionslehre. Es wird das Willensmoment fingiert, d. h. dem Vertretenen ein nicht vorliegender Wille beigelegt. Aus dieser fingierten rechtsgeschäftlichen Willenserklärung folgt die Erlaubnis, das Handelndürfen. M. a. W., auch hier erscheint der Vertreter als Vertretungsbefugter. Er handelt nicht widerrechtlich.

So wenig man bei Anwendung der §§ 932, 816 tatsächlich annehmen oder fingieren kann, daß der besitzende Nichteigentümer ein V e r f ü g u n g s r e c h t hat — damit würde der ganze § 816 I gegen-

---

[53]) a. M. Ehlerding S. 26; Meltz S. 34.

[54]) Kann weder eine gesetzliche Vertretungsmacht, noch Vollmacht, noch Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins nachgewiesen werden, so haftet der Vertreter nach § 179 BGB.

[55]) oder gesetzlichen Vertretungsmacht.

standslos[56]) — genau so wenig besitzt, dogmatisch gesehen, der Vertreter nach den §§ 170 ff. Vollmacht, sei es nun tatsächlich oder nur fingiert; denn das würde bedeuten, daß dem an sich Nichtvertretungsberechtigten eine Vertretungsbefugnis eingeräumt würde.

Leonhard[57]) hat eine Anzahl leitender Gesichtspunkte zusammengestellt, nach denen sich die Wirksamkeit einer Verfügung beurteilen läßt. Voraussetzung der Wirksamkeit ist das Vorliegen eines Verfügungsrechtes oder einer dieses Recht ersetzenden Tatsache z. B. Vertretungsbefugnis[58]). Nach den obigen Ansichten müßte man folgerichtig ein Verfügungsrecht bejahen.

Gegenüber dem § 816 wäre diese Feststellung allerdings belanglos, da es zu seiner Anwendung in Verbindung mit den §§ 170 ff. niemals kommen kann. Handelt es sich um obligatorische Geschäfte, so müssen sie schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie nicht Verfügungen im Sinne des BGB sind. Aber auch Verfügungsgeschäfte scheiden aus, weil der nichtberechtigt Verfügende — dem Wesen der direkten Stellvertretung entsprechend — niemals etwas „erlangen" kann, da die Verfügung lediglich für und gegen den Vertretenen wirkt (§ 164).

Aber dogmatisch zeigen uns die Bestimmungen der §§ 932, 816 die Parallele zu den §§ 170 ff.: Der Vertreter handelt im Rahmen der §§ 170 ff. widerrechtlich. Es sind somit schon aus diesem Grunde die Lehren von der tatsächlichen und der fingierten Vollmacht und der gesetzlichen Vertretungsmacht abzulehnen.

Aber auch praktisch führen die hier abgelehnten Lehren für das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem zu konstruktiv unrichtigen Ergebnissen. Das sei an Hand des folgenden Beispiels aufgezeigt:

Der Kunstsammler A erteilt seinem Angestellten V eine schriftliche Vollmacht, ein bestimmtes Bild im Werte von 5000 RM an den ihm persönlich befreundeten Sammler B zu veräußern, dabei allenfalls im Preise bis auf 3000 RM herunterzugehen. Später ändert A seine Absicht und widerruft die Vollmacht, ohne jedoch die Urkunde von V zurückzuverlangen. V verkauft und übergibt das Bild dem gutgläubigen B in grobfahrlässiger Außerachtlassung des Widerrufs unter Vorlegung der Urkunde für 3000 RM.

---

[56]) Wer verfügen kann, ohne es zu dürfen, ist Nichtberechtigter im Sinne des § 816.

[57]) S. 38.

[58]) v. Tuhr II, § 60 III S. 374.

I. Wie ist zu entscheiden, wenn der Dienstvertrag gültig ist?

II. Wie, wenn er ungültig ist, weil z. B. V 20jährig ist und sein gesetzlicher Vertreter nicht zustimmt und auch § 113 keine Anwendung findet?

Zu I. Nach dem Erlöschen der dem V erteilten Vollmacht durch den Widerruf des A hat V dem gutgläubigen B gegenüber zwar auf Grund der Vollmachtsurkunde keine Vertretungsbefugnis, nach § 172 BGB jedoch weiter Vertretungsmacht (kraft Rechtsscheins). Der Kaufvertrag kommt zu 3000 RM zwischen A und B zustande. B wird außerdem Eigentümer des Bildes. Wegen des entstandenen Schadens kann sich A an V halten. Gegen diesen hat er aus dem zugrundeliegenden Dienstvertrag einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 2000 RM[59]).

Zu II. In diesem Falle läßt sich der Schadensersatzanspruch nicht aus dem Grundgeschäft, sondern lediglich aus dem Gesichtspunkte einer unerlaubten Handlung begründen. In der Veräußerung des Bildes liegt eine Verletzung des Eigentumsrechtes des A. Aber der Anspruch aus § 823 I ist nur begründet, wenn die Eigentumsverletzung widerrechtlich war. Und diese Widerrechtlichkeit ergibt sich aus dem Mangel der Vertretungsbefugnis. Denn wir behaupten, daß der Vertreter im Rahmen der §§ 170 ff. stets widerrechtlich handelt. Die Vertretungsbefugnis des V ist durch Widerruf erloschen. Es verbleibt ihm lediglich auf Grund der Vollmachtsurkunde (§ 172) eine Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins, die aber die Widerrechtlichkeit seiner Handlung nicht auszuschließen vermag.

Wir kommen demnach wie im Falle I, wenn auch mit anderer Begründung, zu einer Bejahung der Ersatzpflicht. Und das mit Recht. Es kann keinen Unterschied machen, ob das Grundgeschäft aus irgendeinem Grunde fehlt oder nicht. Daher konkurriert der Deliktsanspruch des Falles II auch im Falle I mit dem Anspruche aus dem Grundverhältnis.

Würde man dagegen den abgelehnten Lehren von der tatsächlichen oder fingierten Vollmacht oder von der gesetzlichen Vertretungsmacht folgen, so hätte V auf Grund des § 172 Vertretungsbefugnis. Vollmachtmäßiges Handeln ist aber stets rechtmäßig. Die Einräumung einer Vertretungsbefugnis, das Bild veräußern zu dürfen, stellt sich dar als ein vermitteltes Ausübendürfen des Rechtes der Übertragung, d. h. V darf im Namen des A die dem Inhalte des Rechtes entsprechende Willenserklärung abgeben und entgegennehmen. Das ist aber nichts anderes als eine rechtsgeschäftliche

---

[59]) Ebenso einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, dazu alsbald unten.

Verfügung im Sinne des BGB. Demnach gibt es Fälle, in denen sich Vertretungsbefugnis und Verfügungsbefugnis überdecken[60]). Der Unterschied besteht lediglich darin, daß die Vertretungsbefugnis im fremden Namen ausgeübt wird, die Verfügungsbefugnis dagegen im eigenen. Da V nach dieser Lehre Vertretungsbefugnis besitzt, ist er Verfügungsberechtigter. Eine rechtmäßige Veräußerung (Verfügung) kann sich aber nicht als widerrechtliche Verletzung des Eigentumsrechtes des A darstellen.

Die Anwendung der abgelehnten Lehren führt demnach zu einer unterschiedlichen[61]) Behandlung der Fälle I und II, die aber innerlich nicht zu begründen ist.

Wir sehen, daß nur die Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins zu dogmatisch und praktisch richtigen Ergebnissen führt. Im Rahmen der §§ 170 ff. handelt der Vertreter ohne Vertretungsbefugnis. Es wird ihm lediglich Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins auf Grund des durch die Verlautbarungsakte erzeugten Scheines eines Rechtes eingeräumt. Sein Handeln ist stets widerrechtlich[62]).

---

[60]) v. Tuhr II § 60 S. 374; I § 7 S. 165.

[61]) §§ 989 ff. nicht anwendbar: Vgl. z. B. Wolff, Sachenrecht 9. Bearbeitung 1932 § 85 II 5 c.

[62]) A. M. Holz S. 30. Er scheidet nicht zwischen Macht und Recht.

2. Abschnitt.

Die sog. stillschweigende Vollmacht.

Im folgenden sollen die aus der Literatur und besonders aus der reichsgerichtlichen Judikatur bekannten Fälle der stillschweigenden Vollmachtserteilung in die hier vertretene Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins rechtssystematisch eingeordnet werden.

Zur Erläuterung der Auffassung der herrschenden Lehre folgende Beispiele:

Fall 1.[1]) Der Gutsbesitzer A, der selbst nicht auf dem Gute wohnt, betraut den V mit der Verwaltung des Hofes und bevollmächtigt ihn unter Aushändigung einer Vollmachtsurkunde zu Rechtsgeschäften aller Art. Nach einiger Zeit kündigt A dem V zum Monatsende und widerruft die erteilte Vollmacht durch Mitteilung an V. Die Vollmachtsurkunde wird dem A sogleich zurückgegeben. Außerdem verbietet A dem V noch ausdrücklich, irgendwelche Geschäfte in seinem (des A) Namen abzuschließen. V jedoch, der einstweilen noch auf dem Gute bleibt, verkauft einige Tage vor Monatsschluß 2 Pferde an D für 1000 RM. Es wird vereinbart, daß die Pferde noch vier Wochen auf der Weide des Gutes bleiben sollen. Als D drei Wochen später die Pferde abholen will, ergibt sich, daß das eine offenbar durch einen Hufschlag von dem anderen erhebliche Verletzungen am Bein erlitten hatte.

Frage: Kann A gegenüber den Ersatzansprüchen des D einwenden, daß zwischen ihm und D kein Kaufvertrag zustande gekommen sei, da V ohne Vollmacht gehandelt habe?

Noch nach Widerruf der Vollmacht und Rückgabe der Vollmachtsurkunde verblieb V als Gutsverwalter in seiner Stellung, mit der im allgemeinen eine Vollmacht verbunden zu sein pflegt. Hier ist sie um so mehr anzunehmen, weil der Gutsbesitzer selbst nicht auf dem Gute wohnt. D erblickt in dem Verhalten des A eine Vollmachtserteilung. Der Vertretene hat nicht alles getan, was zur Vermeidung des Anscheines einer Vollmacht erforderlich gewesen wäre. Er mußte sich sagen, daß nach der ganzen Sachlage für den D nichts

---

[1]) Gonnermann S. 52.

gegen den Fortbestand der früher erteilten Vollmacht sprechen würde. Er muß sich daher gefallen lassen, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte aus seinem Verhalten Erklärungsbewußtsein und Rechtsfolgewille entnommen werden. Nach der herrschenden Lehre ist also V stillschweigend bevollmächtigt und besitzt weiter echte Vollmacht.

Fall 2.[2]) Die Köchin des ledigen Professors X hat jahrelang alle Wirtschaftsgeschäfte in seinem Namen besorgt, und der Professor die eingegangenen Rechnungen ohne Beanstandung bezahlt. Wegen Unredlichkeit entlassen, fährt sie fort, in verschiedenen Läden Waren kreditweise auf seinen Namen zu entnehmen.

Die Köchin besitzt nach der herrschenden Lehre weiter echte Vollmacht auf Grund stillschweigender Bevollmächtigung.

Schloßmann[3]) führt folgendes anschauliche Beispiel an:

Fall 3. Der Sohn eines Kaufmannes erhält von seinem Vater die Führung der Handelsbücher übertragen. Abschlüsse von Handelsgeschäften sind ihm strengstens untersagt. Trotzdem schließt der Sohn im Namen des Vaters Spekulationsgeschäfte ab. Der Vater erfüllt jedesmal die aus dem Geschäfte sich ergebenden Verbindlichkeiten, sei es aus Schwäche oder um des häuslichen Friedens willen oder um den Sohn nicht bloßzustellen, dabei aber stets von neuem dem Sohn sein Verbot einschärfend.

Die herrschende Lehre würde dem Sohn echte Vollmacht trotz des entgegenstehenden Willens des Vaters einräumen. Sein Verhalten wäre rechtmäßig.

Nehmen wir zu diesen Fällen Stellung, dann haben wir von vornherein zu beachten, daß der Lehre von der stillschweigenden Vollmacht nicht die Vorstellung der Fiktion einer stillschweigenden Vollmachtserteilung zugrunde liegt. Die Fiktionslehre[4]) hat in der Literatur wenig Beachtung gefunden. Nach ihr wird dem Schweigenden ohne Rücksicht auf seinen Willen und auf die Gründe seines Schweigens ein bestimmtes Ergebnis aufgezwungen mit der Fiktion, er habe eine Willenserklärung bestimmten Inhalts abgegeben. Wie die späteren Ausführungen ergeben werden, ist die Fiktion durchaus unbegründet. Wenn einige Autoren[5]) die Lehre von der stillschweigenden Vollmacht mit der Begründung ablehnen wol-

---

[2]) Lenel a. a. O. Nr. 178.

[3]) II S. 421, 422.

[4]) Gonnermann u. a. S. 65, 71 ff. Gegen die Fiktion des Willens Manigk, Beiträge II S. 670.

[5]) Schloßmann II S. 421, 422, 507; Wellspacher S. 96.

len, daß man dem Vertretenen zwangsweise einen Vollmachtswillen beilegt, den er in Wirklichkeit nicht hat, — „dem Vertretenen gewaltsam im Wege der Fiktion einen Vollmachtswillen imputiert", — so ist das unrichtig.

Außerdem ist folgender Fall aus der Betrachtung auszuschließen: Duldet der Vertretene bewußt, daß der Vertreter für ihn Geschäfte schließt, so wird hierin gewöhnlich eine echte, durch bewußtes Stillschweigen erklärte Bevollmächtigung zu erblicken sein (stillschweigende Bevollmächtigung im eigentlichen Sinne[6])). Ist das Schweigen der bewußte Ausdruck eines inneren Willens, so hat diese Art der Willensäußerung keine besondere Bedeutung gegenüber der Willenserklärung durch positives Verhalten; denn man kann auch durch Schweigen, das absichtsgemäß einen Schluß auf den Willen zuläßt, diesen zum Ausdruck bringen[7]). Es sind das Normalfälle des § 167 und keine Fälle von Vollmachtsschein. Ist sich der Vertretene des Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt, will er aber das Erklärte nicht, so liegt eine reservatio mentalis vor; sein Wille ist unbeachtlich (§ 116).

Ein derartiger Fall[8]) wäre folgender: Der Angestellte eines Kaufmannes war regelmäßig „unter den Augen des Prinzipals" als dessen Bevollmächtigter aufgetreten, ohne jedoch Vollmacht zu haben. — Bei Vorverhandlungen zu einem Kaufgeschäft mit einer Lieferfirma hatte sich der Angestellte als Handlungsbevollmächtigter geriert. Es kam zum Abschluß des Geschäftes durch den Angestellten. Der Kaufmann weigerte die Vertragserfüllung mit der Begründung, daß der Angestellte keine Vollmacht gehabt habe. Das Reichsgericht verurteilte ihn, da es in der Duldung der Tätigkeit des Angestellten eine stillschweigende Bevollmächtigung erblickte.

Es handelt sich hier um echte stillschweigend erklärte Vollmacht, da der Prinzipal die Tätigkeit des Angestellten bewußt duldete. Der dem Erklärungswert seines Verhaltens entgegenstehende Wille ist nach § 116 unbeachtlich.

Dasselbe ergibt sich für folgende Fälle[9]): Der Geschäftsherr duldet bewußt, daß ein Angestellter regelmäßig Blankoquittungen ausfüllt und das Geld einkassiert. Ein Reisender nimmt unter Duldung des Geschäftsherrn Zahlungen von Kunden entgegen.

Für Baer a. a. O. sind auch dieses Fälle von Vollmachtsschein. Dem ist nicht beizutreten; denn auch hier handelt es sich um Fälle

---

[6]) Heymann S. 325.

[7]) v. Tuhr II, § 61 S. 417.

[8]) RG. 1, 8; s. auch RG. 5, 16; Gruch. B. 52, 937.

[9]) ROHG 11, 32; 9, 105; 13, 211.

bewußter Duldung, deshalb um solche echter Bevollmächtigung durch Stillschweigen (167).

Uns interessiert hier aber nur der Fall, in dem der Vertretene unbewußt schweigt, der Geschäftswille fehlt. Auch in diesen Fällen entsteht nach Ansicht des Reichsgerichts echte Vollmacht durch stillschweigende Bevollmächtigung. Das Reichsgericht macht keinen Unterschied zwischen dem Fall des bewußten und unbewußten Schweigens[10]). Das geht am deutlichsten aus den Entscheidungen in Warneyer's Rechtsprechung 1923/24 S. 188 und in Warneyer's Jahrbuch 1913 Nr. 130 hervor.

Die Stellungnahme in der Literatur ist nicht einheitlich. Einige Autoren[11]) verneinen überhaupt die Möglichkeit einer zufriedenstellenden Entscheidung solcher Fälle an Hand des BGB.

Hölder, Kohler u. a. nehmen keine Stellung zu dieser Streitfrage. Andere wie z. B. Brodmann, Enneccerus schließen sich ohne nähere Begründung der im folgenden erörterten Rechtssprechung des Reichsgerichts an.

Andere leiten die Haftung des Geschäftsinhabers aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo ab[12]). Diese Lehre hat kaum Anhänger gefunden.

Interessant aber ist es, daß die Hauptvertreter der Lehre, die in den Kundgebungen der §§ 170 ff. vollmachtbegründende Akte sehen, nämlich Düringer-Hachenburg[13]), sich hier einer Konstruktion bedienen, die nichts anderes als die Lehre von der Scheinvollmacht darstellt. Es heißt dort a. a. O.: „In Wahrheit handelt es sich überhaupt nicht um eine stillschweigende Bevollmächtigung, sondern um die Hervorrufung eines Scheines einer Vollmachtserteilung. Aber auch die Haftung für das Tun des Scheinbevollmächtigten muß auf ein Verhalten des Geschäftsherrn zurückzuführen sein."

Wie bereits oben (§ 3 der Arbeit) dargelegt, ist es für die Anhänger der Lehre von der tatsächlichen oder fingierten Vollmacht unmöglich, mit ihrer Konstruktion die Fälle der sog. stillschweigenden Vollmacht zu lösen. Düringer-Hachenburg bekennen sich für die Lösung solcher Fälle zur Lehre von der Scheinvollmacht. Dann ist es aber nur folgerichtig, auch in den Bestimmungen der §§ 170 ff. Fälle von Vollmachtsschein zu erblicken; denn es kann keinen Unter-

---

[10]) Heymann S. 325: Man vermischt beides in oft kaum trennbarer Weise.

[11]) v. Tuhr § 85 I S. 394 ff.; Planck § 167 Bem. 6.

[12]) Literatur bei Oertmann § 173 Bem. 4; von Manigk Beiträge II S. 595 widerlegt.

[13]) Anm. 47 vor § 48 S. 479.

schied machen, ob der Schein durch bewußtes oder durch unbewußtes Verhalten des Geschäftsherrn erzeugt worden ist. Das werden spätere Ausführungen ergeben (S. 32 ff.).

Herrschend in Schrifttum und Rechtssprechung ist die Lehre von der stillschweigenden Vollmachtserteilung, die wahrscheinlich auch vom Reichsgericht seinen Entscheidungen zugrunde gelegt wurde[14]). Wir sagen wahrscheinlich; denn es ist nicht klar ersichtlich, wie das Reichsgericht seine Auffassung konstruiert. Es leitet keine allgemeinen Rechtssätze aus einem bestimmten Dogma ab, sondern entscheidet in buntem Wechsel je nach den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs[15]). In einigen Fällen spricht das Reichsgericht von Scheinvollmacht (Rechtsschein)[16]), besonders deutlich in der Entscheidung des 2. Zivilsenats vom 28. 11 30[17]). In anderen Entscheidungen typischer Fälle stillschweigender Vollmacht spricht es nicht von „stillschweigender Vollmachts e r t e i l u n g", sondern von „stillschweigender Vollmachts k u n d g e b u n g[18]). In der Regel aber nimmt es in solchen Fällen stillschweigende Vollmachtserteilung an[19]).

Die uneinheitliche Stellungnahme in Schrifttum und Rechtsprechung folgt aus dem Streit um die Lehre von den Willenserklärungen.

Die Anhänger der herrschenden Lehre von der stillschweigenden Vollmachtserteilung gehen von der Konstruktion einer „stillschweigenden Willenserklärung" aus. Danach kommt dem völligen Stillschweigen die Bedeutung einer Willenserklärung ebenso wie einem positiven Verhalten auch dann zu, wenn das Stillschweigen objektiv nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluß auf die Existenz des Geschäfts- und Erklärungswillens (-bewußtseins) zuläßt und der Erklärende e r k e n n e n m u ß t e,

---

[14]) Staudinger § 167 Bem. 5; Staub-Bondi § 54 Anm. 5 ff., § 125 Anm. 10; Rosenberg S. 36, 38; Reichsgerichtsrätekommentar zu § 167; Endemann § 81 Anm. 14; Rehbein Erl. I zu § 164; Enneccerus § 171 Anm. 6; Heymann S. 320; Simonson in Bank-Archiv 17. Jahrg. Nr. 13; Hupka S. 119 ff.; Biermann, Festgabe S. 23, 11, 117; Warneyer § 167 II; Werner bei Düringer-Hachenburg IV S. 17 Anm. 14; Manigk, Beiträge S. 637 ff.

[15]) Manigk a. a. O. S. 594.

[16]) RG. in JW 1930, 3763; in Seuff. Arch. 85, 151.

[17]) Höchstrichterliche Rechtsprechung 1931 Nr. 529.

[18]) Besonders RG. 81, 260; Seuff. A. 74 Nr. 82 S. 149; D. JZ. 13, 642.

[19]) RG 76, 202; 65, 292; 115, 317; 110, 49; 118, 239.

daß sein Verhalten im Sinne einer Willenserklärung aufgefaßt werden mußte[20]).

Daß der Erklärende sich der Bedeutung seines Schweigens b e w u ß t war, wird hier nicht gefordert. Manigk[21]) spricht hier von fahrlässigen unbewußten Willenserklärungen.

Auf dieser Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung fußt die Lehre von der stillschweigenden Vollmachtserteilung. Danach ist der Dritte berechtigt, aus dem Verhalten des Vertretenen in Verbindung mit den begleitenden oder gewissen vorhergehenden Umständen auf die Existenz des Vollmachtswillens zu schließen[22]). Man sieht in dem Verhalten des Vertretenen den Ausdruck eines Bevollmächtigungswillens.

Nach der herrschenden Lehre liegt demnach stillschweigende Bevollmächtigung auch dann vor, wenn der Erklärende trotz seines Verhaltens den Willen zur Bevollmächtigung nicht gehabt hat, sich nicht einmal bewußt war, daß sein Verhalten vom Dritten als Willensbetätigung aufgefaßt werden konnte.

Auf das Willensmoment kommt es daher nicht an[23]), sondern darauf, ob das Verhalten von dem Dritten nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden durfte, daß der Vertretene bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt von dem Verhalten des Vertreters Kenntnis haben mußte und es duldete[24]).

Die Entscheidungen des Reichsgerichts[25]) lassen folgende vier Gesichtspunkte für die Annahme einer stillschweigenden Vollmacht erkennen:

1. Erfordernis äußerer, das Vorliegen einer Vollmacht zum Ausdruck bringender Umstände,
2. Schuldhaftes Verhalten des Vertretenen,

---

[20]) Werner bei Düringer-Hachenburg I. Kap. S. 16, Anm. 14, S. 17 Anm. 15, S. 11 Anm. 10; Staudinger Einl. II C vor § 116 S. 453; Danz, Auslegung 3. Aufl. S. 16 Anm. 1; Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts S. 15 ff. Jacobsohn Jhr. Jb. 56, 329, 366, 368. Hölder, Jhr. Jb. 55, 428 ff. Früher Planck 3. Aufl. S. 205, 210; vermittelnd v. Tuhr A. T. I 2 S. 403; ähnlich Rosenberg S. 38, der aber eine Fiktion anzunehmen scheint.

[21]) Beiträge II S. 640 ff., 632.

[22]) Hupka S. 119 ff.

[23]) RG 65, 292; 100, 48; besonders in Warn. Rspr. 1923/24 Nr. 157 S. 188; Warn. Jb. 1913 Nr. 130.

[24]) RG. in JW. 27, 1249.

[25]) RG. in Seuff. A. 59, 310; 74, 148; 84, 322; RG. in Gruch. B. 62, 235; 71, 402; RG. in JW. 1928 1054; 29, 1002; RG. 65, 292; 76, 202 u. a.

3. Redlichkeit des Dritten,

4. Einschränkung auf Kaufleute oder kaufmännisch eingerichtete Betriebe.

Zu 1. Das Verhalten des Vertretenen muß objektiv in der Einräumung einer Stellung bestehen, mit der regelmäßig eine Vollmacht verbunden zu sein pflegt. Hinzukommen muß die Unterlassung der Kundgebung über das Nichtvorliegen der Vollmacht, also das Schweigen. Sogar in den Fällen, in denen ein positives Tun[26]) des Vertretenen vorliegt, erblickt das RG. die stillschweigende Bevollmächtigung in dem Unterlassen[27]), in dem (fahrlässigen) Gewährenlassen.

Zu 2. Subjektiv verlangt das RG. Verschulden des Vertretenen[28]).

Zu 3. Das RG. fordert Redlichkeit des Dritten, d. h. er darf weder wissen noch infolge Fahrlässigkeit nicht wissen, daß der Vertreter keine Vollmacht hat. Es ist also entsprechend dem § 173 BGB zu verfahren[29]), wenn auch das Reichsgericht nicht auf diese Bestimmung Bezug nimmt. In dieser Hinsicht hat das Reichsgericht[30]) an den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes[31]) festgehalten. Dabei mußt der Dritte stets unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt prüfen, ob die Umstände derartig sind, daß man auf eine Bevollmächtigung schließen darf.

Zu 4. Die Rechtsprechung beschränkt bislang die Anwendung der stillschweigenden Vollmacht auf die Fälle, in denen der Vollmachtgeber Kaufmann ist. In Zweifelsfällen wird dieser Standpunkt ausdrücklich betont[32]). Die Rechtsprechung[33]) will Schweigen ohne Erklärungsbewußtsein nur im Handelsverkehr als Erklärung gelten lassen. Dieses dürfte seinen Grund darin haben, daß an das Verhalten des Kaufmannes besonders strenge Anforderungen gestellt werden.

Der herrschenden Lehre können wir uns aus mehreren Gründen nicht anschließen:

---

[26]) RG. 65, 295; 133, 100.

[27]) Das RG. in Warn. Rspr. 1923/24 Nr. 157 u. a. setzt außerdem noch voraus, daß die Unterlassung wiederholt geschehen sein muß. In diesem Punkte besteht Unsicherheit. Es gibt Entscheidungen, die das nicht verlangen oder unklar lassen.

[28]) RG. 43, 189; 117, 67. Kommt allerdings in E. 65, 292; 100, 48; JW. 27, 1249 nicht zum Ausdruck.

[29]) Gonnermann S. 63.

[30]) s. Jacobi in JW. 27, 1466; RG. in JW. 28, 226/227.

[31]) ROHG. 1, 152; 5, 207; 6, 400; 10, 143; 9, 104; 20, 122.

[32]) RG. 117, 164; JW. 27, 2417.

[33]) RG. 103, 401; 105, 389.

1. Einmal fehlt der Konstruktion der stillschweigenden Vollmacht die gesetzliche Rechtfertigung[34]). Das BGB selbst enthält keine Definition der Willenserklärung. Sie kann daher nur der Festlegung in den Protokollen (S. 268) und Motiven (I, 126) und der gesetzlichen Regelung der Willensmängel entnommen werden. Danach ergibt sich: Eine Willenserklärung ist eine auf die Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung[35]). Ihrem Inhalte nach muß die Erklärung auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung[36]) gerichtet sein. Der Wille dieses Inhaltes ist der sog. Geschäftswille.

Das äußere Verhalten, das auf einen Geschäftswillen schließen läßt, ist nur dann eine Willenserklärung, wenn der Äußernde sich bewußt ist, daß daraus auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann. Deshalb ist in dem Stillschweigen eine Willenserklärung nur dann zu erblicken, wenn der Schweigende sich des Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt war[37]). Das so gekennzeichnete Bewußtsein kann man als Äußerungs- oder Erklärungsbewußtsein bezeichnen.

Schon aus den §§ 116, 117 BGB. ergibt sich, daß sich der Erklärende des Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt sein muß, während andernfalls eine rechtswirksame Willenserklärung nicht vorliegt. Das ist bereits von Manigk[38]) einwandfrei dargelegt worden. Aus § 116 folgt, daß jemand durch eine Willenserklärung einen anderen über seinen Willen täuschen will. Das kann er aber nur dann, wenn er überhaupt das B e w u ß t s e i n hat, durch seine Erklärung etwas kundzutun.

Dasselbe ergibt § 117; denn hier soll die gewollte Erklärung den Dritten täuschen. Ohne eine Willensrichtung ist aber eine beabsichtigte Täuschung nicht möglich.

Die Beweiskraft der §§ 116, 117 gegen die herrschende Lehre wird auch durchweg von ihren Anhängern nicht bestritten.

Ebenso ist die herrschende Lehre, wie Oertmann[39]) nachweist, klar aus § 118 zu widerlegen. Wenn schon die nicht ernstlich ge-

---

[34]) Im Rahmen dieser Arbeit kann bezüglich dieses Punktes mit Rücksicht auf die umfangreiche Literatur nur ein Überblick gegeben und unsere Stellungnahme kurz dargelegt werden.

[35]) Enneccerus-Nipperdey 1931, § 136 II, A; § 144 Anm. 5 u. III.

[36]) Die verschiedenen Ansichten hierzu interessieren in diesem Rahmen nicht (s. dazu Enneccerus a. a. O. Anm. 3 zu § 136 mit Literatur; a. M. z. B. Brose S. 200).

[37]) Enneccerus a. a. O. und die angegebene Literatur S. 29 Anm. 48 der Arbeit.

[38]) Willenserklärung und Willensgeschäft S. 177 ff.

[39]) Vorbem. zu §§ 104 ff., 9 d β γγ.

meinte Willenserklärung nichtig ist, dann kann keinesfalls derjenige, der sich des Sinnes seiner Handlung als Willenserklärung nicht bewußt ist, nur anfechten. Einer solchen unbewußten Erklärung mehr Rechtswirksamkeit zuzuschreiben als einer bewußten, wäre eine rechtspolitische Unmöglichkeit (argumentum a fortiori).

Der Beweisführung Oertmanns schließen sich neuerdings Enneccerus[40]) und Brose[41]) an.

Gegen Oertmann wendet sich Werner[42]): „Es kann auch Oertmann nicht zugegeben werden, daß die Vorschrift des § 118 gegen diese (gemeint ist die herrschende) Auffassung spricht. Mit demselben Recht, mit dem Oertmann als arg. a fortiori aus der Nichtigkeit bei nichternstlichem Geschäftswillen die Nichtigkeit bei mangelndem Geschäftswillen folgert, könnte auch geschlossen werden, daß, wenn ein Geschäft schon nichtig ist, weil der erklärte Geschäftswille nicht ernstlich gemeint war, so erst recht Nichtigkeit vorliegen müsse. wenn der Geschäftswille gefehlt hat."

Nicht mehr und nicht weniger sagt auch Oertmann, dessen Widerlegung eigentlich Zweck der Darlegungen Werners sein sollte. Der Erklärende in § 118 ist sich bewußt, daß seine Erklärung den Schein einer Willenserklärung hat. Diese ist nur deshalb nichtig, weil sie in der bloßen Erwartung abgegeben wird, der Gegner werde die Scheinnatur erkennen. Wenn jedoch der Geschäftswille fehlt, soll dann die „Erklärung" gültig sein? Auch wenn die Nichternstlichkeit des Geschäftswillens dem Gegner nicht erkennbar war, ist nach der herrschenden Lehre die Willenserklärung doch nichtig, falls die Erklärung in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Es wird also einem rein subjektiven Moment die Wirkung gegeben, die äußerlich vorhandene Willenserklärung nichtexistent zu machen.

Wenn nach alledem schon in einem derartigen Falle b e w u ß t e r Erklärung für den Erklärenden der Beweis zuzulassen ist, daß die Erklärung nicht ernstlich gemeint war, dann muß doch erst recht im Falle unbewußter „Erklärung" für den Erklärenden der Beweis dahin offenstehen, daß ein Geschäftswille (Erklärungsbewußtsein) überhaupt nicht vorgelegen habe.

Was den § 119 I BGB betrifft, so spricht die Wendung: „Wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war" eindeutig gegen die herrschende Lehre. Schon der Ausdruck „Abgabe" setzt vorsätzliches, bewußtes Handeln voraus. Ferner ist „Irr-

---

[40]) § 136 II, A.

[41]) Arch. Z. P. 130, 202.

[42]) Bei Düringer-Hachenburg IV Anm. 10 S. 12.

tum“ begrifflich Nichtidentität von Vorstellung und Wirklichkeit. Bei Abgabe einer „Willenserklärung“ ohne Vorstellung, ohne Bewußtsein kann begrifflich kein Irrtum entstehen. Trotzdem ist Biermann[43]) der Ansicht, daß der Satz auch auf unbewußte Willenserklärungen Anwendung finde. Selbst Jacobsohn[44]), der im übrigen der herrschenden Lehre folgt, wendet sich gegen diese Ansicht, da sie weder den Materialien noch dem Wortlaute entspreche. Die Gegenansicht[45]) beruft sich in erster Linie auf den Satz des § 119 I: „oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte“ und bringt darunter auch Erklärungen ohne Erklärungsbewußtsein. Es fallen jedoch nur solche Fälle unter diese Bestimmung, in denen der Erklärende eine Erklärung anderen und nicht dieses Inhalts abgeben wollte[46]).

Dasselbe gilt für die §§ 120 I[47]), 123. Auch sie setzen Erklärungsbewußtsein voraus.

Brose führt a. a. O. mit Recht aus, daß der Gesetzgeber in den §§ 116 ff. (Abgabe einer Willenserklärung) den natürlichen Erklärungsbegriff zugrunde gelegt hat; andernfalls hätte er es ausdrücklich bestimmen müssen, etwa dahin: „Wer den Ausdruck seines Willens verfehlt hat, kann die Erklärung anfechten. Den Ausdruck seines Willens verfehlt auch, wer überhaupt keine Erklärung abgeben wollte, dessen Verhalten aber auf eine Erklärung schließen läßt.“

Ist die Handlung nicht die bewußte Äußerung eines Geschäftswillens, so ist sie niemals eine Willenserklärung[48]).

Zuviel verlangt Eltzbacher[49]), wenn er das Erfordernis eines Erklärungswillens aufstellt, d. h. den Willen, ein auf eine Rechtsfolge gerichtetes Wollen kundzutun. Das Bewußtsein, daß aus der Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann, genügt[50]).

---

[43]) Bürgerliches Recht § 69 S. 240.

[44]) a. a. O. S. 366.

[45]) Jacobsohn Jhr. Jb. 56, 366; Manigk, Irrtum und Auslegung; Hölder Jhr. Jb. 55, 432; Werner Anm. 10 S. 12.

[46]) Manigk Willenserklärung u. Willensgeschäft S. 184; Oertmann S. 332; Brose S. 204; Enneccerus S. 442 Anm. 10; Breit S. 159.

[47]) Oertmann S. 332; Breit S. 156, 161, 165.

[48]) Besonders Brose Arch. Z. P. 130, 201; Wendt Arch. Z. P. 92, 238; Leonhard Arch. Z. P. 120, 90; Brodmann a. a. O. S. 12; Planck 4. Aufl. S. 263 im Gegensatz zur 3. Aufl. S. 205, 210; Breit S. 162, 167; Eltzbacher S. 140 ff.; Oertmann S. 332; Enneccerus a. a. O. Siegel Arch. Z. P. 111, 14.

[49]) S. 141; Brodmann a. a. O.

[50]) Enneccerus S. 442 Anm. 10; Oertmann a. a. O.; Siegel Arch. Z. P. 111, 14.

Ergebnis: Nicht bloß von außen, vom Standpunkte des Gegners aus, muß die Willenserklärung eine Willenserklärung sein, nicht bloß muß sie den Anschein erwecken, als sei sich der andere bewußt, damit eine Erklärung abzugeben. Er muß sich wirklich bewußt sein, daß sein Verhalten dem Gegner gegenüber als Willenserklärung aufgefaßt werden kann.

Demnach kann im Stillschweigen nur eine Willenserklärung erblickt werden, wenn der Urheber das Bewußtsein von dem schlüssigen Erklärungswert seines Verhaltens hat. Ein Schweigen kann ohne Willen oder zum mindesten Bewußtsein des Schweigenden nicht als Erklärung gelten[51]).

Dem Schweigen ist auch dann nicht die Bedeutung einer Willenserklärung beizumessen, wenn diese sich verkehrsmäßig nach Treu und Glauben aus der „Äußerung" ergibt und sie ihm zuzurechnen ist. Man kann nicht deshalb eine Erklärung annehmen, weil der Erklärende ihren Erklärungswert hätte kennen müssen und daher das Zustandekommen einer Erklärung ohne einen darauf gerichteten Willen seiner Unachtsamkeit zuzuschreiben habe[52]). Stellt man sich nun einmal auf den Standpunkt, daß das Erklärungsbewußtsein unbedingte Voraussetzung einer Willenserklärung ist, dann können auch die Gesichtspunkte der Zurechenbarkeit und von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte einen solchen Tatbestand nicht zu einer Willenserklärung machen.

Diese Inkonsequenz begeht Brose. Er verneint die Möglichkeit unbewußter Willenserklärungen[53]). Am Schlusse seiner Ausführungen befürwortet er sie im Handelsverkehr unter den oben bezeichneten Voraussetzungen.

Damit ergibt sich, daß der Konstruktion der stillschweigenden Vollmachtserteilung im Sinne der herrschenden Lehre bereits wegen Mangels der gesetzlichen Rechtfertigung nicht beizupflichten ist.

Zwar sind auch wir der Ansicht, daß man bei Abwägung der widerstreitenden Interessen dem Dritten einen Vertrauensschutz zubilligen muß. Soweit wir übersehen, gibt es wohl keinen Autor, der dem Dritten in den typischen Fällen der stillschweigenden Vollmacht den Schutz versagen wollte. Der Streit der Meinungen erstreckt sich nur auf die konstruktive Erfassung solcher Fälle. Ist das aber nicht gleichbedeutend mit einem Streit um Worte, um die bloße Bezeichnung dieses „Ursachentatbestandes", dessen rechtliche Qualifizierung im Ergebnis gleichgültig bleiben könnte? Abgesehen von der Kon-

---

[51]) Oertmann S. 333.

[52]) Oertmann a. a. O.

[53]) S. 201.

struktion der stillschweigenden Vollmacht spricht z. B. Breit[54]) seine Ansicht einmal dahin aus, daß es sich in solchen Fällen, ohne daß eine Willenserklärung vorläge, um „die unbewußte Verwirklichung einer abstrakten Type handele". Manigk[55]) spricht hier von „verkehrsmäßiger Typisierung von Erklärungsakten".

2. Die rechtliche Qualifizierung des Ursachentatbestandes ist schon wegen der Frage der Anfechtbarkeit dieser Tatbestände erforderlich. Die herrschende Lehre muß, da sie eine echte Willenserklärung in solchen Fällen annimmt, folgerichtig die Anfechtung bejahen. Für Manigk a. a. O. ist die Unanfechtbarkeit derartiger Tatbestände geradezu Ausgangspunkt seiner Konstruktion[56]). Auch wir verneinen die Anfechtungsmöglichkeit. Dieser zweite wichtige Grund für die Ablehnung der herrschenden Lehre ist im 3. Abschnitt genauer darzulegen.

3. Aber der Konstruktion der herrschenden Lehre fehlt nicht nur die gesetzliche Rechtfertigung, sondern das Verhalten des Geschäftsherrn ist vielmehr in eine ganz andere Begriffskategorie einzuordnen. Die herrschende Lehre typisiert das Verhalten des Geschäftsherrn als stillschweigende Willenserklärung (Bevollmächtigung). Mit Recht wendet sich Schmidt-Rimpler[57]) gegen eine derartige Konstruktion. Er sieht in diesen Fällen nicht eine stillschweigende Vollmachts e r t e i l u n g, sondern die „stillschweigende K u n d g e b u n g" einer Vollmacht. Er weist mit Recht darauf hin, daß die Erklärung gegenüber dem Vertreter nicht auf Bevollmächtigung geht, das Verhalten des Geschäftsherrn gegenüber dem Publikum auch nicht den Charakter einer „Erklärung" hat, durch die eine Vollmacht erteilt würde. Die „Erklärung" hat nur den Charakter einer „stillschweigenden Mitteilung", daß Vollmacht erteilt sei.

Diese Feststellung bildet die Grundlage für die rechtssystematische Einordnung dieser Fälle in die von uns vertretene Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins.

Wir erkennen, daß die Fälle der stillschweigenden Vollmacht nicht unter den § 167 BGB zu bringen, sondern solche der §§ 170 ff. BGB[58]) in entsprechender Anwendung sind. Zwar sind diese Be-

---

[54]) S. 168.

[55]) Beiträge II S. 660, 664 u. a.

[56]) Auf die in diesem Rahmen nicht eingegangen werden kann.

[57]) JW. 27, 1249 und in Ehrenbergs HR V, 1 S. 220; Rümelin a. a. O.; Titze JW. 27, 2417.

[58]) oder der einschlägigen Bestimmungen des HGB. Dabei ist auch hier zu beachten, daß es keinen Unterschied macht, ob die Vollmacht von vornherein nicht entstanden oder die entstandene später wieder erloschen ist. Vgl. oben S. 5.

stimmungen nicht unmittelbar anwendbar, da dort bewußt kundgebendes Verhalten (Wissenserklärung) vorausgesetzt wird, hier aber sich das Verhalten als unbewußtes Schweigen, als stillschweigende Kundgebung darstellt.

Selbst das RG. spricht in einigen Entscheidungen[59]) nicht von stillschweigender Vollmachtserteilung, sondern charakterisiert das typische Verhalten des Geschäftsherrn als stillschweigende Vollmachtskundgebung. Am deutlichsten wird diese Ansicht in der Entscheidung des 5. Senates in RG. Bd. 81, 260 dargelegt. — Es handelt sich im wesentlichen darum, ob in der Aushändigung von Grundschuldbriefen und von unterschriebenen Abtretungsblanketten Vollmacht zur Zession erteilt sei. Zunächst wird die Ansicht des Vorderrichters gebilligt, daß durch schlüssiges Verhalten Vollmacht gemäß § 167 erteilt sei. Mit Recht heißt es aber dann in der weiteren Begründung (S. 261), daß bei Nichtvorliegen des Vertretungswillens des Machtgebers die Vertretungsmacht sich nicht aus § 167 ableiten ließe, sondern aus der entsprechenden Anwendung der §§ 170 ff.

Diese Darlegungen zeigen mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit, daß auch das Reichsgericht in einigen Entscheidungen das unbewußte Verhalten des Geschäftsherrn nicht in die Begriffskategorie der Willenserklärung, sondern der sog. Vorstellungsmitteilung (Kundgebung) einordnet. Jedoch wird eine rechtssystematische Einordnung der sog. unbewußt stillschweigenden Vollmachtskundgebung schwierig sein.

Deshalb müssen wir noch einen Schritt weiter gehen: In all den einschlägigen Bestimmungen[60]) tritt uns der gleiche Rechtsgedanke entgegen[61]): Daß nämlich der Dritte beim Vorliegen eines äußeren, vom Vertretenen veranlaßten Tatbestandes in seinem guten Glauben geschützt wird. Die Erkenntnis, daß alle diese Bestimmungen als Ausfluß eines einheitlichen Rechtsprinzips und nicht als ausschließliche Regelung[62]) erscheinen, rechtfertigt es, die Anwendung des ihnen gemeinsamen Rechtssatzes im Wege der Analogie auch auf Fälle auszudehnen, die nicht unmittelbar unter die erwähnten Vorschriften zu subsumieren sind. Doch ist diese Analogie nicht in

---

[59]) Anm. 1 S. 42.

[60]) BGB: §§ 170 ff., 169, 370, 405, 409, 701 II; HGB: §§ 53 ff., 86, 493, 529; ZPO. § 755; WG. Art. 29 II u. a.

[61]) Eingehendere Darlegungen erübrigen sich mit Rücksicht auf die erschöpfenden Erörterungen bei Meltz S. 47, 42; Gonnermann S. 37; Ehlerding S. 47, 50; Schmidt-Colinet S. 35, 49 u. a.

[62]) a. M. Tuhr II § 85 S. 394.

Anlehnung an bestimmte Gesetzesvorschriften — in § 171[63]), 172[64]) zu vollziehen, sondern wegen des allen diesen Rechtssätzen gemeinsamen Rechtsgedankens im Wege der Rechtsanalogie[65]) auf dem Boden der Verschmelzung des Rechtsscheinsgedankens mit dem Veranlassungsprinzip.

Mag nun die Kundgebung sich als Wissenserklärung (§§ 170 ff.) oder wie in den Fällen der stillschweigenden Vollmacht als unbewußt stillschweigende „Mitteilung" darstellen, es handelt sich in allen Fällen um solche des Rechtsscheins.

4. Insbesondere zwingt uns zur Ablehnung der herrschenden Lehre die Tatsache, daß sie in den Fällen der stillschweigenden Vollmachtserteilung echte (nicht nur fiktive) Vollmacht entstehen läßt. Die Besonderheit liegt eben nur in dem Bevollmächtigungsakt, in der Konstruktion einer stillschweigenden Willenserklärung. Da sie nach der herrschenden Ansicht eine echte Willenserklärung ist, ist das Entstehen einer echten Vollmacht selbstverständliche Folge.

Dem ist aber mit Rücksicht auf die unhaltbaren Ergebnisse bei der Betrachtung der Rechtsbeziehungen zwischen Vertretenem und Vertreter nicht beizutreten.

Für uns entsteht keine Vollmacht, sondern Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins infolge des den Schein eines Vertretungsrechtes abgebenden, unbewußt kundgebenden Verhaltens. Vollmachtmäßiges Handeln ist stets rechtmäßig. Würde man dem Vertreter Vollmacht einräumen, so käme man in vielen Rechtsfällen des Lebens auf Grund der reichsgerichtlichen Konstruktion zu dem Schluß, daß ein Regreßanspruch des Vertretenen gegen den Vertreter in gewissen Fällen ausgeschlossen ist[66]).

Mit Recht weist andeutungsweise Meltz[67]) darauf hin, daß auch in den Fällen der sog. stillschweigenden Vollmacht die Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins das richtige Ergebnis ermöglicht; denn hier sei der Rückgriff gegen den Vertreter nicht verwehrt. Bei Annahme einer stillschweigenden Vollmacht müsse notgedrungen neben der Vertretungsmacht ein Machtausübungsrecht einherlaufen mit der Folge, daß der Rückgriff gegen den Vertreter versage — dieser handele befugt.

---

[63]) Rümelin Arch. ZP. 93, 301.

[64]) Wellspacher S. 95; Gegen Wellspacher Rümelin a. a. O.; Manigk Beiträge II S. 603 ff., 634.

[65]) Goldberger S. 76, 79; Isay S. 233; Seeler S. 36.

[66]) Siehe die Ausführungen § 1 u. § 8 der Arbeit.

[67]) S. 56.

Meltz begnügt sich mit dieser bloßen Feststellung. Auf welchem Wege er zu diesem Ergebnis gelangt, wird nicht dargelegt. Wenn Meltz nicht inkonsequent sein will, so läßt sich für ihn ein solcher nur auf Grund seiner Ansicht finden, daß die Vertretungsbefugnis, und damit die Frage der Rechtmäßigkeit, sich aus dem Grundgeschäft ergebe[68]). Die Unhaltbarkeit der Ansicht von Meltz zeigt sich hier am deutlichsten. Fehlt das Grundgeschäft, so ergibt sich nach Meltz allein aus diesem Umstande, daß der Vertreter widerrechtlich handelt. Es kann deshalb für Meltz gleichgültig bleiben, ob man der Lehre von der Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins, wie er es fordert, oder der herrschenden Lehre von der stillschweigenden Vollmacht folgt, da sich doch die Rechtmäßigkeit oder Widerrechtlichkeit des Handelns nach dem Bestehen oder Nichtbestehen des Grundgeschäftes richtet. Nach unserer Ansicht entsteht in Anlehnung an die früheren Ausführungen und unsere Stellungnahme zu der Ansicht von Meltz[69]) die Vollmacht (Vertretungsbefugnis) aus dem Bevollmächtigungsakt; vollmachtmäßiges Handeln ist niemals widerrechtlich, mag nun ein Grundgeschäft vorliegen oder nicht.

Unsere Widerlegung der herrschenden Lehre von der stillschweigenden Vollmacht wird durch eine Lösung der auf S. 20 ff. vorangestellten Fälle erläutert:

1. Bei der Entscheidung ist davon auszugehen, daß zunächst Vollmacht bestanden hat. A. hatte sie dem V. unter Aushändigung einer Vollmachtsurkunde erteilt. Sie war aber durch den Widerruf des A. (mit Rücknahme der Vollmachtsurkunde) erloschen. Jedoch erzeugte das Verhalten des A. das Weiterbelassen des V. in einer Stellung, mit der im allgemeinen Vollmacht verbunden zu sein pflegt, den S c h e i n einer Vertretungsbefugnis. D. muß im Vertrauen auf diesen Schein geschützt werden. Weiß A., daß aus seinem Verhalten auf eine Bevollmächtigung geschlossen werden kann, will er aber diese Rechtsfolge nicht, so liegt ein Fall des § 116 vor: E c h t e Bevollmächtigung. Ist er sich aber des Erklärungswertes seines Verhaltens nicht bewußt und fehlt der Rechtsfolgewille, so ist der Dritte zu schützen, aber nicht dadurch, daß man dem Vertreter echte Vollmacht einräumt, sondern lediglich Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. Nach der reichsgerichtlichen Ansicht handelt der V. dagegen rechtmäßig.

Unterstellt man, daß V. die Pferde nicht nur verkaufte, sondern auch veräußerte, so würde wohl niemand Bedenken haben, dem A. einen Schadensersatzanspruch auf Grund des § 823 BGB zu geben. In Verfolg der reichsgerichtlichen Ansicht wäre die Anwendbarkeit

---

[68]) a. a. O. S. 38.

[69]) S. 5, Anm. 15 der Arbeit.

zu verneinen, da V. Vollmacht besitzt und deshalb das Recht der Veräußerung ausüben dürfte: Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit wäre nicht gegeben[70]).

Der Fall 2 wäre dahin zu lösen, daß mit der Dienstentlassung der Köchin die Vollmacht erlosch. Das Verhalten des Professors, die Bezahlung der Rechnungen ohne Beanstandung die vielen Jahre hindurch in Verbindung mit dem äußeren Tatbestand der Anstellung, erzeugten den Schein eines weiter bestehenden Vertretungsrechtes. Der gutgläubige Ladeninhaber kann Begleichung der Rechnungen verlangen. Würde man der reichsgerichtlichen Konstruktion folgen, so besäße die Köchin weiter echte Vollmacht auf Grund stillschweigender Bevollmächtigung. Ihr Handeln würde, da ein Recht zur Vertretung besteht, niemals widerrechtlich sein können. Ein konstruktiv unmögliches Ergebnis.

Im Fall 3 hat ein Vollmachtswille des Vaters nachweisbar nicht bestanden. Er war sich des Erklärungswertes seines Verhaltens nicht bewußt. Entgegen der Ansicht des Reichsgerichts besitzt der Sohn keine echte Vollmacht, sondern lediglich Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. Sein Handeln ist deshalb widerrechtlich.

Die Frage, ob beim Vertretenen Verschulden vorliegen muß, ist bereits kurz verneint worden[71]), wenn auch zuzugeben ist, daß in den meisten praktischen Fällen den Vertretenen eine Fahrlässigkeit treffen wird. Selbst das Reichsgericht ist in seinen Entscheidungen, wie wir sahen[72]), nicht eindeutig.

Für das Erfordernis der Gutgläubigkeit des Dritten findet auch hier § 173 BGB entsprechende Anwendung[73]), da die Fälle der stillschweigenden Vollmacht den der §§ 170 ff. rechtsanalog sind und für diese die Bestimmung des § 173 besteht.

Was schließlich die Beschränkung der Lehre von der stillschweigenden Vollmacht auf den Handelsverkehr betrifft, so hat neuerdings der 4. Senat in einer Entscheidung[74]) diesen Grundsatz verlassen und die stillschweigende Vollmacht auch auf einen Nichtkaufmann ausgedehnt. Diese Ausdehnung sollte nur deshalb begründet sein, weil es sich um einen kaufmännisch organisierten Betrieb eines Nichtkaufmannes handelte.

---

[70]) Siehe oben § 8.

[71]) Oben S. 14.

[72]) S. 26, Anm. 28.

[73]) H. H. Meyer S. 34; Ehlerding S. 15; Meltz S. 31; Gonnermann S. 63.

[74]) RG in JW 27, 1089.

Selbst diese Einschränkung fehlt in einem Urteil des OLG Braunschweig[75]). Wir sind ebenfalls der Ansicht, daß die Ausdehnung auch auf den bürgerlich-rechtlichen Verkehr zuzulassen ist; denn folgerichtig kommt auf Grund der von uns vorgenommenen Rechtsanalogie der Satz für alle Rechtsverhältnisse in Betracht, da der festgestellte einheitliche Rechtsgedanke nicht auf den Geltungsbereich des HGB beschränkt ist[76]).

---

[75]) OLG 18 (1909) S. 13.

[76]) Im Ergebnis ebenfalls Baer S. 26; Brose S. 204 unter VI.

3. Abschnitt.

Sind die bewußten (§§ 170 ff.) und die unbewußten Kundgebungen nach den Regeln für die Willenserklärungen zu behandeln oder nicht?

Es besteht Streit darüber, ob es sich bei den Kundgebungen der §§ 170 ff. um Willenserklärungen oder um Wissenserklärungen, Rechtshandlungen geschäftsähnlichen Charakters[1]) handelt. Nach der herrschenden Ansicht, der wir hierin folgen, stellen sie keine Willenserklärungen dar, da ihnen der Rechtsfolgewille fehlt. Es sind Handlungen in dem Sinne, den bereits die Motive (I, S. 127) mit diesem Begriff verbunden haben, nämlich solche, an welche sich Rechtswirkungen anschließen ohne Rücksicht darauf, ob diese von dem Handelnden gewollt sind oder nicht[2]). Die Kundgebungen stellen sich als sog. Vorstellungsmitteilungen[3]) dar.

Fraglich ist, ob die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel, insbesondere über Anfechtung wegen Irrtums, auf sie analoge Anwendung finden.

Wenn es sich auch bei den Verlautbarungen der §§ 170 ff. nicht um Willenserklärungen handelt, so ist doch die Geschäftsfähigkeit des Mitteilenden zu fordern[4]).

Mit Recht weist Gonnermann[5]) darauf hin, daß ein Geisteskranker, der die Kundgebung in seinem Wahn macht, nicht als gebun-

---

[1]) Enneccerus-Nipperdey § 194 II; Planck § 171 Bem. 3; Soergel § 171 Bem. 1; Ehlerding S. 40; Schmidt-Colinet S. 39; Isay S. 231; Meltz S. 27, 28.

[2]) Manigk, Beiträge S. 604: Heute herrscht die Lehre, daß hier Rechtshandlungen vorliegen, weil die Rechtsfolge der in den §§ 170 ff. normierten Kundgebungen ohne Rücksicht auf den darauf gerichteten Erfolgswillen eintritt.

[3]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 702, 703.

[4]) Enneccerus-Nipperdey § 194 II; Staudinger zu § 171/172 Bem. 3; Oertmann § 171 Bem. 1a (a. M. in seiner Abhandlung a. a. O.); Goldberger S. 69; Reinicke S. 47, 48; Neumann Vorbem. 2 zu § 170; Gonnermann S. 68; Meltz S. 32; Planck § 171 Bem. 3; Ehlerding S. 41 läßt beschränkte Geschäftsfähigkeit genügen.

[5]) S. 68.

den angesehen werden kann. Im übrigen deckt sich dieses Ergebnis mit dem Grundsatz, daß selbst schuldloser guter Glaube an die volle Geschäftsfähigkeit keinen Schutz genießt[6]).

U. E. sind entscheidend die Ausführungen Manigks[7]). Zweck der Mitteilung ist Kenntnisvermittelung an den Dritten, zu der Geschäftsfähigkeit an sich nicht erforderlich ist. Hier jedoch nimmt der Mitteilende in dem von dem Bevollmächtigten zu begründenden „Hauptrechtsverhältnis" (z. B. Kaufvertrag) die Rolle einer Partei ein, bei der Geschäftsfähigkeit vorauszusetzen ist.

Auch praktisch führt dieser Standpunkt zu billigem Ergebnis: Ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter macht einem Dritten Mitteilung von einer Vollmacht, die er ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erteilt hatte. Der Dritte wird nicht geschützt, wenn er sich auch in schuldloser Unkenntnis der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Mitteilenden befand.

Oder: A. erzählt im völlig betrunkenen Zustande wahrheitsgemäß dem C., daß er den V. bevollmächtigt habe. Das Erlöschen der Vollmacht des V. durch den ihm (V.) erklärten Widerruf ist auch dem C. gegenüber wirksam, ohne daß es einer Gegenkundgebung des A. bedurft hätte; denn die Kundgebung war rechtlich gar nicht existent.

Aus den gleichen Gründen ist Geschäftsfähigkeit des Vertretenen, wie schon hier festgestellt sein soll, auch in den Fällen der stillschweigenden Vollmacht zu verlangen.

Die Anwendung des § 116 BGB auf die Kundgebung der §§ 170 ff. scheidet schon begrifflich aus[8]). Eine Mentalreservation ist nur dort denkbar, wo der Erklärende die Rechtsfolgen seiner Erklärung nicht will, also eine Divergenz zwischen Erklärung und Willensrichtung besteht.

Entgegen der Ansicht Manigk's a. a. O. ist die Anwendbarkeit des § 117 auf die Kundgebungen zu bejahen.

Goldberger nimmt zu dieser Frage S. 70 Stellung. Die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen erscheinen jedoch nicht recht verständlich. Er sagt: „Hingegen äußert eine bloß zum Schein bewirkte Verlautbarung einer im Einverständnis mit dem Bevollmächtigten lediglich simulierten Bevollmächtigung demungeachtet ihre Schutzwirkung zugunsten solcher Dritter, die den

---

[6]) Meltz S. 32, 33.

[7]) Willenserklärungen und Willensgeschäft S. 710, 711.

[8]) Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft S. 712; insoweit ebenso Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 33.

Scheincharakter der Vollmacht weder kannten noch kennen mußten (arg. §§ 117, 173 BGB)"[9]).

Goldberger will doch, wie § 7 seiner Arbeit (S. 64) lautet, „die Gültigkeitserfordernisse der Verlautbarungsakte" darlegen, insbesondere die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Willensmängel auf die Kundgebungen untersuchen. Seine Ausführungen betreffen aber lediglich einen Normalfall des § 171, in dem die Vollmacht auf Grund einer im Einverständnis mit dem Bevollmächtigten zum Schein abgegebenen Bevollmächtigungserklärung von vornherein nicht entstanden ist. Goldberger behandelt aber nicht, wie man erwartet, den Fall, in dem die Verlautbarung im Einverständnis mit dem Geschäftsgegner nur zum Schein abgegeben wird. Wenn es dort auch heißt: „eine bloß zum Schein bewirkte Verlautbarung", so kann das nicht dahin aufgefaßt werden, daß die Verlautbarung im Einverständnis mit dem Geschäftsgegner nur zum Schein abgegeben worden ist. Anders verstanden, würden die Ausführungen keinen Sinn ergeben. Daß das Beispiel Goldbergers nur so verstanden werden kann, ergibt sich auch weiter aus seiner Bezugnahme auf die angeführten Autoren. Auch dort wird angenommen, daß die Simulationsabsicht des Machtgebers nicht dem Geschäftsgegner, sondern nur dem Vertreter kundgegeben wird. Der Fall ist aber hier nicht zu behandeln.

Hier interessiert nur der Fall, in dem die Kundgebung an den Geschäftsgegner mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird. Ist sie nach § 117 objektiv geeignet, Rechtsscheinswirkungen zu erzeugen oder nicht? Die Frage ist zu verneinen; denn es ist klar, daß durch eine dem Geschäftsgegner gegenüber simulierte Verlautbarung kein Rechtsschein entsteht, auf den sich nur der Gutgläubige berufen kann. Man nehme nur das Beispiel, daß der Machtgeber dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsurkunde aushändigt, die dem Geschäftsgegner zwar auch vorgelegt wird, aber — wie dieser im Einverständnis mit dem Vertretenen weiß — nur Scheingültigkeit hat[10]).

Mag auch auf Grund der gegenüber dem Bevollmächtigten erfolgten Vollmachtserteilung tatsächlich Vollmacht entstanden sein, so ist das ohne Bedeutung; denn der Dritte weiß ja, daß der Vertretene das vom Bevollmächtigten zu schließende Geschäft nicht will.

Ist auch die Bevollmächtigung gegenüber dem Vertreter simuliert, also die Vollmacht nicht entstanden, so wird der Dritte nicht auf

---

[9]) Goldberger beruft sich dabei auf Rehbein S. 264 letzter Abs.; Planck zu § 172 Bem. 1; Kohler I S. 441; Hupka S. 131; Rosenberg S. 749.

[10]) Im Ergebnis auch Hupka S. 130 unter b); Neumann Vorbem. 2 zu § 170; Planck § 171 Bem. 3; Staudinger zu § 171/172 Bem. 3.

Grund der Mitteilung (Vollmachtsurkunde) geschützt, da auch sie simuliert ist, demnach ihm gegenüber keinen Rechtsschein zu erzeugen vermag.

Wie verhält es sich dagegen mit der Anwendbarkeit des § 118 auf die Verlautbarungsakte der §§ 170 ff.? Goldberger[11]) u. a. ist der Ansicht, daß eine scherzhaft gemeinte Kundgebung, die in der Erwartung gemacht wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ohne rechtliche Wirkung sei.

Er bringt dazu das Beispiel, daß der Vertretene scherzeshalber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde aushändigt, deren Fassung, wie er meinte, es jedermann sogleich ansehen müsse, daß es sich um einen Scherz handele.

Grundsätzlich ist diesem Standpunkt beizutreten, aber mit folgender Einschränkung: Der § 118 fordert nicht, daß die Nichternstlichkeit für den Gegner erkennbar war[12]). Ebensowenig fordert das Gesetz, daß die Erwartung gerechtfertigt war. Liegt ein Fall mangelnder Erkennbarkeit der Scherzerklärung vor, so ist trotzdem die Willenserklärung nichtig. Für uns aber entsteht durch die als solche nicht erkennbare Scherzkundgebung der Schein einer Vertretungsbefugnis, und der Dritte muß geschützt werden. — War dagegen die Nichternstlichkeit für den Dritten erkennbar, d. h. hätte er den Mangel der Ernstlichkeit bei der Kundgebung erkennen müssen, so ist der Dritte unredlich und Rechtsscheinswirkungen treten nicht ein (§ 173).

Die Anfechtbarkeit der Mitteilungen in den §§ 170 ff. wegen Irrtums ist abzulehnen[13]).

Es ist widersinnig, sich einen durch den äußeren Tatbestand erzeugten Rechtsschein rückwirkend weggefallen zu denken. Der Schein einer Vollmacht schließt eine Geltendmachung von Willensmängeln aus[14]).

---

[11]) S. 70; siehe auch Neumann Vorbem. 2 zu § 170 S. 201; Planck § 171 Bem. 3; Staudinger § 171/172 Bem. 3; a. M. auch hier Manigk a. a. O.

[12]) Herrschende Meinung: Enneccerus § 156 Anm. 2; Breit, Geschäftsfähigkeit S. 149; Prot. I S. 199.

[13]) Herrschende Lehre: Oertmann § 171 Bem. 2 a, Abs. 2; Ehlerding S. 41; Reinicke S. 47, 48; Meltz S. 30 ff.; Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft S. 713; a. M. ohne Begründung Enneccerus-Nipperdey § 194 II 4; Staudinger § 171/172; Planck § 171 Bem. 3.

[14]) Meltz S. 32. Eine eingehendere Stellungnahme zu diesem Punkte erübrigt sich mit Rücksicht auf dessen erschöpfende Ausführungen S. 30 ff.

Ferner würde eine Anfechtungsmöglichkeit dem durch die Bestimmungen der §§ 170 ff. erstrebten Vertrauensschutz zuwiderlaufen.

Außerdem spricht auch der Wortlaut der Bestimmungen für die Ablehnung. Die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins kann nur durch eine Gegenkundgebung beseitigt werden. Eine rückwirkende Beseitigung durch Anfechtung erscheint ausgeschlossen, da die Regelung der §§ 170 ff. als eine ausschließliche anzusehen ist.

Manigk[15]) schließt ebenfalls die Anfechtung aus, weil die Mitteilung nur im Motiv unrichtig sein könnte.

Entscheidend kommt u. E. hinzu, daß doch eine Anfechtung schon begrifflich ausgeschlossen ist, da es sich nicht um Willenserklärungen, sondern um Wissenserklärungen handelt, diese aber nur richtig oder unrichtig sein können. Man kann doch nicht die für Willenserklärungen maßgebenden Bestimmungen analog anwenden, ohne sich überhaupt einen W i l l e n s i n h a l t zu konstruieren. Der Irrtum über die Richtigkeit der Mitteilung ist kein Irrtum über ihren Inhalt.

§ 123 ist ebenfalls unanwendbar, da Rechtsscheinswirkungen für den Dritten nicht entstehen.

Die Frage, ob Geschäftsfähigkeit für die u n b e w u ß t e n Kundgebungen in den Fällen der stillschweigenden Vollmacht erforderlich ist, ist bereits oben bejaht worden.

Da es sich hier lediglich um u n b e w u ß t e „Erklärungen" handelt, kann auch von einer analogen Anwendung der §§ 116. 117, 118 BGB keine Rede sein. Zu der Frage der Anfechtung wegen Irrtums gilt in der Hauptsache das bereits oben zu dieser Bestimmung Gesagte. Hinzu kommt folgendes: Auch hier haben wir es mit einer, wenn auch unbewußten, Verlautbarung zu tun. Verneinen wir schon die Anfechtbarkeit bei den Wissenserklärungen, dann folgerichtig erst recht für die Verlautbarungen ohne Erklärungsbewußtsein, für die „unbewußt stillschweigenden Kundgebungen".

Selbst wenn man dem Reichsgericht folgte und in dem stillschweigenden Verhalten des Vertretenen keine stillschweigende Mitteilung, sondern eine stillschweigende Vollmachtserteilung erblicken würde, so wäre es schon begrifflich ausgeschlossen, eine ohne jede Vorstellung abgegebene „Erklärung" wegen Irrtums anfechten zu können. Ein Irrtum liegt nur dann vor, wenn der Erklärende sich

---

[15]) Willenserklärung und Willensgeschäft S. 712.

eine falsche Vorstellung, d. h. überhaupt eine Vorstellung[16]) von der rechtsgeschäftlichen Wirkung seiner Erklärung machte, nicht aber, wenn eine Vorstellung gar nicht vorhanden war. Das Reichsgericht hat, soweit wir übersehen können, zu dieser Frage bislang keine Stellung genommen. Nur in einer Entscheidung[17]) läßt es die Anfechtung offenbar zu. Die Anfechtbarkeit wird jedoch von der herrschenden Lehre[18]) verneint.

Für uns ist entscheidend der bereits oben angegebene Gesichtspunkt, daß durch die (bewußten oder unbewußten) Verlautbarungen ein Rechtsschein erzeugt wird, der aber die Geltendmachung von Willensmängeln ausschließt. Es kann nicht rückwirkend das beseitigt werden, was der Nichtvertretungsberechtigte auf Grund des Rechtsscheins besitzt — Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins.

---

[16]) Siehe unsere Auslegung des § 119 S. 28 der Arbeit.

[17]) Reichsgericht 105, 183.

[18]) Besonders neuerdings Manigk, Beiträge II S. 650, 658, der geradezu die Unanfechtbarkeit solcher Tatbestände zum Ausgangspunkt seiner Konstruktion macht. Siehe auch Staudinger zu § 167 Bem. 5; Jacobi in JW 27, 1466; Baer S. 19; Schloßmann II S. 509; Regelsberger Kr. V. J. Schr. 47, 290; Beschränkte Zulassung Hupka S. 121; Gonnermann S. 77 als Anhänger der Fiktionslehre kommt zur Ablehnung der Anfechtung, da der dem Vertretenen beigelegte Wille der Erklärung entspricht. Die Anfechtung ist schon begrifflich ausgeschlossen.

Lebenslauf.

Am 14. März 1909 wurde ich als Sohn des Oberbauführers Wilhelm Tengelmann und seiner Ehefrau Klara geb. Schwedes zu Kirchende bei Herdecke Krs. Hagen geboren. Nach vierjährigem Besuch der evangelischen Volksschule besuchte ich das Realgymnasium zu Ahlen i. Westf., das ich Ostern 1928 mit dem Reifezeugnis verließ. Anschließend studierte ich 8 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in Münster und Bonn. Davon in Münster S.-S. 1928, W.-S. 1928/29, S.-S. 1931 und W.-S. 1931/32; in Bonn S.-S. 1929, W.-S. 1929/30, S.-S. 1930, W.-S. 1930/31. Das Studium beendete ich am 20. Dezember 1932 mit der Ablegung des ersten juristischen Staatsexamens am Oberlandesgericht in Hamm. Seit dem 26. Januar 1933 werde ich als Referendar im Ausbildungsdienst beschäftigt.

Curt Tengelmann.